

NEKTELSE AV PRØVELØSLATELSE OG EMK

En vurdering av nektelse av prøveløslatelse i forhold til EMK art 6
og tilleggsprotokoll 7 art 4 nr 1

Kandidatnr: 547

Veileder: Jon T. Johnsen

Leveringsfrist: 13. april 2004

Til sammen 39562 ord

13.04.2004

Innholdsfortegnelse

1	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	TEMA FOR OPPGAVEN	1
1.2	NÆRMERE OM PROBLEMSTILLINGEN	3
1.3	METODESPØRSMÅL	4
1.3.1	KORT OM GJENNOMFØRINGEN AV EMK I NORSK RETT	4
1.3.2	METODEN FOR TOLKNINGEN AV EMK	6
1.3.3	RETTSKILDER VED ANVENDELSEN AV STRGJFL § 42	7
1.4	DEN VIDERE FREMSTILLING	8
2	<u>NEKTELSE AV PRØVELØSLATELSE OG "CRIMINAL CHARGE"</u>	<u>9</u>
2.1	INNLEDNING	9
2.2	KORT OM "CRIMINAL CHARGE"	9
2.3	PRØVELØSLATELSE ETTER STRGJFL § 42	13
2.3.1	BAKGRUNN OG HISTORIKK	13
2.3.2	HENSYN BAK REGLENE OM PRØVELØSLATELSE	14
2.3.3	VILKÅR FOR PRØVELØSLATELSE	15
2.3.3.1	Tidspunktet for prøveløslatelse	15
2.3.4	NÆRMERE OM UTILRÅDELIGHETSVURDERINGEN	16
2.3.4.1	Domfeltes atferd under straffegjennomføringen	18
2.3.4.2	Grunn til å anta at nye straffbare forhold vil finne sted i prøvetiden	20
2.3.4.3	Anmeldelse, tiltalebeslutning eller begjæring om forhørsrettspådømmelse	20
2.3.4.4	Unnlatt oppmøte til straffegjennomføring til angitt tid	22
2.3.4.5	Domfelte motsetter seg prøveløslatelse	23
2.3.4.6	Andre momenter	23
2.3.4.7	Rimelighetsvurdering	24
2.3.5	VEDTAKSKOMPETANSE	24
2.4	SAMMENLIKNING AV NEKTELSE AV PRØVELØSLATELSE OG "CRIMINAL CHARGE"	25
2.4.1	UTGANGSPUNKTET ETTER NORSK RETT	26
2.4.2	THE NATURE OF THE OFFENCE	26
2.4.2.1	Domfeltes atferd	26
2.4.2.2	Mistanke om nye straffbare forhold	31

2.4.2.3	Øvrige grunnlag	34
2.4.2.4	Totalvurdering	34
2.4.2.5	Oppsummering	36
2.4.3	THE NATURE AND DEGREE OF SEVERITY OF THE PENALTY	37
2.4.3.1	The nature of the penalty	37
2.4.3.2	The degree of severity of the penalty	45
2.4.4	HELHETSVURDERING	46
2.4.5	"DETERMINATION"	49
2.4.6	"CHARGED"	49
2.5	KONKLUSJON	50
2.6	KORT OM DEN VIDERE FREMSTILLING	51
<u>3</u>	<u>ACCESS TO COURT</u>	<u>51</u>
3.1	GENERELT OM BESTEMMELSEN	52
3.2	NEKTELSE AV PRØVELØSLATELSE OG ACCESS TO COURT	54
3.2.1	INNLEDNING	54
3.2.2	PROSESSUELLE HINDRINGER	55
3.2.3	SÆRLIG OM SØKSMÅLSBYRDE OG AVKALL PÅ DOMSTOLSBEHANDLING	55
3.2.4	KONKLUSJON OG FORSLAG TIL ENDRINGER	59
<u>4</u>	<u>NEKTELSE AV PRØVELØSLATELSE OG GRATIS JURIDISK BISTAND</u>	<u>61</u>
4.1	NÆRMERE OM RETTEN TIL GRATIS JURIDISK BISTAND ETTER EMK ART 6 (3) C	61
4.2	RETEN TIL FRI RETTSHJELP I SAKER ETTER STRGJFL § 42	65
4.2.1	DISPENSJONSADGANGEN ETTER RHJL § 6	65
4.3	FORHOLDET MELLOM RETTEN TIL FRI RETTSHJELP I SAKER OM PRØVELØSLATELSE OG VILKÅRENE I EMK ART 6 (3) C	66
4.4	KONKLUSJON	72
4.5	ENDRINGSFORSLAG	72
<u>5</u>	<u>STRGJFL § 42 OG FORHOLDET TIL USKYLDSPRESUMSJONEN</u>	<u>73</u>
5.1	INNLEDNING	73
5.2	NÆRMERE OM BEVISKRAVET OG BEVISBYRDEN ETTER ART 6 (2)	74
5.3	BEVISKRAVET VED NEKTELSE AV PRØVELØSLATELSE	77
5.3.1	BEVISKRAVET VED ILEGGELSE AV REAKSJON	78

5.3.2	BEVISKRAV VED NEKTELSE PÅ BAKGRUNN MISTANKE OM STRAFFBAR HANDLING	79
5.4	BEVISBYRDEN VED SAK OM NEKTELSE AV PRØVELØSLATELSE ETTER STRGJFL § 42	80
5.5	BEVISKRAVET OG BEVISBYRDEN VED NEKTELSE AV PRØVELØSLATELSE I FORHOLD TIL EMK ART 6 (2)	82
5.6	NÆRMERE OM FOREGREPET FULLBYRDELSE ETTER EMK ART 6 (2)	84
5.7	NEKTELSE AV PRØVELØSLATELSE OG FOREGREPET FULLBYRDELSE	87
5.8	OPPSUMMERING OG FORSLAG TIL ENDRINGER	90
6	<u>NEKTELSE AV PRØVELØSLATELSE OG FORBUDET MOT DOBBELT STRAFFEFORFØLGNING</u>	<u>91</u>
6.1	INNLEDNING	91
6.2	EMK P7 ART 4	92
6.2.1	NEGATIV MATERIELL RETTSKRAFT ETTER P7 ART 4	92
6.2.2	KRAV TIL SAK NR 2	94
6.2.3	DEN NYE SAKEN MÅ GJELDE SAMME FORHOLD	96
6.3	NEKTELSE AV PRØVELØSLATELSE OG NEGATIV MATERIELL RETTSKRAFT ETTER EMK P7 ART 4 NR 1	98
6.3.1	PENAL PROCEDURE	98
6.3.2	FINALLY ACQUITTED OR CONVICTED	98
6.3.2.1	Nektelse på grunnlag av disiplinærbrudd	99
6.3.2.2	Nektelse på grunnlag av mistanke om straffbare handlinger	101
6.3.3	NÅR VEDTAKET BLIR ENDELIG	104
6.4	OMFANGET AV RETTSKRAFTEN	105
6.4.1	MISTANKE OM NYE STRAFFBARE FORHOLD	105
6.4.2	DISIPLINÆRBRUDD SOM SAMTIDIG ER STRAFFBARE FORHOLD	107
6.5	OPPSUMMERING/ FORSLAG TIL ENDRINGER	112
7	<u>AVSLUTNING</u>	<u>113</u>
7.1	OPPSUMMERING	113
7.2	ET SISTE SPØRSMÅL	114
	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>117</u>

1 Innledning

1.1 Tema for oppgaven

Denne oppgaven dreier seg om forholdet mellom norsk fengselsrett og de internasjonale menneskerettighetene. Den senere tid har norsk intern rett i stadig større grad blitt påvirket av våre folkerettslige forpliktelser. Dette har dels skjedd gjennom økt internasjonalt samarbeid, og dels ved at stadig flere folkerettslige traktater har blitt innarbeidet i norsk rett. Etter vedtakelsen av menneskerettsloven¹, er Den europeiske menneskerettskonvensjon av 1950 (EMK), FN konvensjonen om de sivile og politiske rettighetene av 1966 (SP) og FN konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter av 1966 (ØSK) gjort til en del av norsk rett, jfr mrl § 2.² Dette betyr at de har status som norsk lov, endog med forrang overfor annen norsk lov, jfr mrl § 3. Særlig EMK har hatt stor innflytelse på norsk rett, og har ført til en rekke avgjørelser fra Høyesterett.

De internasjonale menneskerettighetenes inntog i norsk rett byr på problemer både for lovgiver og rettsanvenderen. For lovgiver er problemet først og fremst hvilke internasjonale forpliktelse som skal gjøres til en del av norsk rett, og eventuelt å finne den mest hensiktsmessige måte å innarbeide disse traktatene på. For rettsanvenderen er problemet knyttet til det rettskildemessige, først og fremst hvilken vekt folkeretten skal ha i forhold til norske regler. Et annet problem er hvem som skal ha ansvaret for å sørge for at menneskerettighetene blir ivaretatt slik vi har forpliktet oss til, lovgiver eller domstolene?

I denne oppgaven skal jeg forsøke å belyse problemene med å implementere menneskerettighetene i norsk rett. Jeg skal imidlertid ikke gjøre dette på generelt grunnlag. Jeg vil ta for meg en konkret bestemmelse, nemlig nektelse av prøveløslatelse

¹ Lov av 21. mai nr 30 1999 (mrl)

² FN's Barnekonvensjon ble i oktober 2003 gjort til en del av menneskerettsloven

etter straffegjennomføringsloven § 42.³ Denne bestemmelsen vil i oppgaven bli vurdert opp mot retten til "fair trial" i EMK art 6 og forbudet mot dobbelt straffeforfølgning i art 4 i protokoll nr 7 til EMK.⁴ Siktemålet er å vurdere hvorvidt praktiseringen av strgjfl § 42 samsvarer med de rettssikkerhetsgarantier som følger av disse bestemmelsene. Det prinsipielle spørsmål, som på mange måter bærer hele oppgaven, er dette: har norske myndigheter, inkludert domstolene, ved utarbeidelsen og anvendelsen av strgjfl § 42 ivarettatt de forpliktelser som følger av EMK art 6 og P7 art 4? Og videre: er den innarbeidingsmetode som er valgt for gjennomføringen av EMK egnet til å sikre disse rettighetene på fengselsrettens område?

Det er en rekke andre norske bestemmelser som kunne vært behandlet for å belyse menneskerettighetenes stilling i norsk rett. Jeg skal derfor si noe om bakgrunnen for mitt valg.

Fengselsretten er en del av forvaltningsretten, og nektelse av prøveløslatelse er en forvaltningsavgjørelse. Det foreligger så langt ingen rettspraksis fra Den europeiske menneskerettighetsdomstolen⁵ om den norske prøveløslatelsesordningen. Høyesterett har heller ikke tatt stilling til hvorvidt nektelse av prøveløslatelse kan tenkes å rammes av EMK art 6. EMK art 6 har derfor så langt ikke hatt noen direkte innflytelse på anvendelsen av strgjfl § 42. Prøveløslatelsesinstituttet har med andre ord ikke vært ansett i strid med EMK art 6.

Fengselsretten har en del særpreg som gjør at den på visse punkter grenser mot strafferetten. Man har bl.a. hjemmel til å ilegge disiplinærstraffer, jfr strgjfl § 40. Fengselet må videre karakteriseres som et lukket regime, ikke bare bokstavelig talt, men også sett i forhold til domstolenes kontroll med saksbehandlingen; det er svært sjelden saker om gjennomføring av straff kommer for domstolene, og enda sjeldnere for Høyesterett. I en tid da Høyesterett har et stort ansvar for å styre rettsutviklingen på

³ Lov om gjennomføring av straff av 18. mai nr 21 2001 (strgjfl)

⁴ Heretter P7 art 4

⁵ I oppgaven vil den tidligere Menneskerettighetskommisjonen og den nåværende Menneskerettighetsdomstolen for enkelhets skyld bli kalt EMD. For en nærmere gjennomgang av tilsynssystemet omkring EMK, se Møse (2002) s 108 flg

menneskerettighetenes område⁶, er det derfor behov for en nærmere vurdering av hvorvidt EMK har fått det gjennomslag på fengselsrettens område som menneskerettsloven legger opp til.

1.2 Nærmere om problemstillingen

Reglene om nektelse av prøveløslatelse etter strgjfl § 42 skal vurderes opp mot EMK art 6 og P7 art 4 nr 1. For at rettighetene i EMK art 6 skal utløses, må saken enten dreie seg om "civil rights and obligations" eller "criminal charge". Jeg finner det uten videre klart at nektelse av prøveløslatelse ikke er "civil rights and obligations". Avgjørende for om EMK art 6 skal få anvendelse, er derfor om nektelse av prøveløslatelse kan sies å være "criminal charge". I og med at dette her er den eneste inngangsporten til bestemmelsen, vil spørsmålet være hovedproblemstillingen i oppgaven.

Dersom svaret, helt eller delvis, er ja på dette spørsmålet, innebærer det at EMKs straffeprosessuelle rettssikkerhetsgarantier får anvendelse. Jeg kan i denne oppgaven bare behandle noen av disse saksbehandlingsreglene. Jeg har valgt å legge vekt på de rettighetene det er grunn til å anta vil skape problemer i forhold til konvensjonskonformitet, og som samtidig vil ha størst praktisk betydning for fangenes rettssikkerhet. Dette gjelder adgangen til domstolene, forholdet til uskyldspresumsjonen, retten til gratis juridisk bistand samt forbudet mot dobbelt straffeforfølgning.

Strgjfl § 42 er en del av norsk forvaltningsrett. EMK art 6 og P7 art 4 nr 1 inneholder straffeprosessuelle rettssikkerhetsgarantier. Dersom disse bestemmelsene i noen henseender får anvendelse på strgjfl § 42, innebærer det at vi står overfor et spenningsforhold mellom intern norsk rett og folkerettslige forpliktelser vi er bundet av. En hovedproblemstilling i oppgaven er derfor hvordan denne konflikten bør løses.

Det kan tenkes at også andre bestemmelser i EMK kunne vært vurdert i forhold til nektelse av prøveløslatelse. Bl.a. stiller EMK art 5 (1) a krav om at frihetsberøvelse kun kan skje etter dom. Plasshensyn er imidlertid til hinder for en analyse på dette felt.

⁶ Jfr Ot.prp. nr 3 (1998-1999)

Selv om retten til "fair trial" finnes også i andre internasjonale konvensjoner, bl.a. SP art 14, har jeg valgt å holde meg til EMK. Dels fordi det er denne konvensjonen som oftest blir påberopt for norske domstoler, og dels fordi dens bestemmelser er best egnet for håndhevelse.⁷

Nærmere avgrensninger og presiseringer av problemstillinger kommer jeg tilbake til underveis.

1.3 Metodespørsmål

Problemstillingene i denne oppgaven er knyttet til menneskerettighetenes stilling i norsk rett. Det er to ulike rettssystemer som skal sammenlignes. Dette skaper rettskildemessige problemer, dels i forhold til hvordan menneskerettighetene er gjennomført i norsk rett, og dels i forhold til at rettssystemene opererer med ulik juridisk metode. Høyesterett har i flere saker gitt uttrykk for at den vil anvende EMDs metode ved tolkningen av EMK.⁸ Dette vil følgelig også være mitt utgangspunkt i anvendelsen av EMK. Det er derfor på sin plass med en kort redegjørelse av hva denne metoden innebærer. Jeg vil også kort se på rettskildebildet omkring strgf. § 42. Først skal jeg gjøre rede for hvordan EMK er gjennomført i norsk rett.

1.3.1 Kort om gjennomføringen av EMK i norsk rett

Folkerettslige forpliktelser kan gjennomføres i nasjonal rett på ulike måter. En hovedsondring går mellom såkalt "monisme" og "dualisme". Disse begrepene betegner hvordan det nasjonale rettssystem forholder seg til folkerettslige regler. Et monistisk system innebærer at den folkerettslige regel ikke trenger å innarbeides i den nasjonale rett. Folkeretten er her en del av intern rett.

⁷ Se her debatten omkring internasjonale reglers "egnethet" i NOU 1993:18 s 104 flg.

⁸ Se bl.a. Rt 2000 s 996 og Rt 2002 s 557

Tradisjonelt har imidlertid norsk rett forholdt seg til folkeretten gjennom en ”dualistisk” tilnærming.⁹ Folkerettsregler har derfor vært avhengig av en særskilt gjennomføringsakt for å bli en del av norsk rett. Dette kan enten være et nasjonalt vedtak som henviser til de folkerettslige regler (inkorporasjon), eller en gjengivelse av folkettsreglene på norsk (transformasjon). Dette utgangspunktet begrenses av det såkalte ”presumsjonsprinsippet”. Norsk rett presumeres å være i samsvar med folkeretten. For rettsanvenderen betyr dette at han, så fremt det er mulig, skal legge til grunn den tolkning av den norske regel som er i samsvar med den folkerettslige regel. Folkeretten er etter dette relevante rettskildefaktorer av en viss vekt. Tradisjonelt har oppfatningen imidlertid vært at folkerettsregelen må vike ved motstrid med den norske regel.¹⁰

Etter vedtakelsen av menneskerettsloven er motstridsproblematikken søkt løst bl.a. for EMK’s vedkommende. Loven var et resultat av menneskerettslovutvalgets drøftelser i NOU 1993:18, og en forlengelse av grunnloven¹¹ § 110 c. Lovens formål er å styrke menneskerettighetenes stilling i norsk rett, jfr mrl § 1. Gjennom lovens § 2 er bl.a. EMK gjort til en del av norsk rett. På mange områder var EMK allerede inkorporert i norsk rett, jfr bl.a. straffeprosessloven¹² § 4. Mrl § 2 har derfor først og fremst betydning på de områder der dette ikke var gjort. Men den viktigste bestemmelsen i loven er § 3. Her slås det fast at bestemmelsene i konvensjonene ”skal ved motstrid gå foran bestemmelser i annen lovgivning”. Det har vært en viss diskusjon om betydningen av en slik forrangsbestemmelse. Ikke minst gjelder dette siden menneskerettsloven er en lov som selv kan endres ved lov. Men Høyesterett har nærmere presisert bestemmelsens rekkevidde. I Rt 2000 s 996 sies det at motstridsspørsmålet ikke kan løses ved et generelt prinsipp, men etter en tolkning av de ulike regler. Ved tolkningen av EMK’s bestemmelser må man benytte seg av EMD’s metode, med det forbehold at norske rettsanvendere ikke skal være like dynamiske i tolkningen. Videre sies det:

”Det følger av forrangsbestemmelsen i menneskerettsloven §3 at dersom det tolkingsresultat som følger av EMK, fremstår som *rimelig klart*, må norske domstoler

⁹ Selv om disse to begrepene prinsipielt sett betegner to ulike tilnærminger til folkeretten, er det ikke dermed sagt at det er noen realitetsforskjell, se Helgesen (1997) s 296 og Ot.prp. nr 3 (1998-1999) s 11

¹⁰ For en nærmere redegjørelse for det tradisjonelle syn, se NOU 1993:18 s 46-78

¹¹ Kongeriget Norges Grundlov, given i Rigsforsamlingen paa Eidsvold de 17de Mai 1814 (grl)

¹² Lov om rettergangsmåten i straffesaker av 22. mai 1981 nr 25 (strprl)

legge konvensjonsbestemmelsen til grunn selv om dette skulle medføre at innarbeidet norsk lovgivning eller praksis blir tilsidesatt.”¹³

I Rt 2002 s 557 slutter Høyesterett seg til de generelle synspunktene i Rt 2000 s 996, men med forbehold om at det ikke gjelder noe klarhetskrav:

”Når lagmannsretten har lagt til grunn at konvensjonstolkningen må være « rimelig klar » for at annen norsk lovgivning skal kunne settes til side, bygger den således på en misforståelse av Høyesteretts uttalelser i plenumsdommen fra 2000.”¹⁴

Etter dette må vi legge til grunn at forrangsbestemmelsen i mrl § 3 har en realitet, og at domstolene ved motstrid vil legge til grunn den regel som følger av konvensjonene nevnt i mrl § 2.

1.3.2 Metoden for tolkningen av EMK

EMK er en folkerettslig traktat. Det rettslige utgangspunkt for tolkningen av dens bestemmelser er Wienkonvensjonen om traktatretten art 31-33¹⁵ og folkerettslig sedvane. EMD har imidlertid flere ganger fremholdt at de vil anvende en dynamisk tolkningsmetode, slik at konvensjonen blir effektiv.¹⁶ I dette ligger at EMD er åpen for en utvikling av ordlyden i konvensjonen, noe som til en viss grad bryter med alminnelig folkerettslig metodeprinsipper. Videre vil domstolen legge betydelig vekt på formålet bak bestemmelsene.¹⁷ Dette har sammenheng med at bestemmelsene, om enn generelle, i stor grad gir konkrete rettigheter og friheter. Dermed er de også egnet for håndhevelse.¹⁸ Gjennom at EMK har hatt det suverent mest effektive håndhevingssystemet innen internasjonale menneskerettigheter, har det opparbeidet seg en anseelig mengde rettspraksis. EMD har derfor hatt større muligheter enn andre folkerettsorganer til å drive en rettsutvikling innenfor den konvensjonen de er satt til å

¹³ s 1006, min utheving

¹⁴ avsnitt 3

¹⁵ Wienkonvensjonen av 1969 om traktatretten. Jeg skal ikke her gå nærmere inn på hva denne metoden innebærer.

¹⁶ Se til illustrasjon Tyrer v UK A-26 (1978) hvor EMD viste til at EMK skulle være et “living instrument”

¹⁷ Jfr bl.a. Airey v Irland A-32 para 24 og Golder v UK

¹⁸ Se nærmere om dette i NOU 1993:18 s 119

håndheve. Dette har resultert i at EMD's rettspraksis har betydelig vekt, ikke bare for organet selv, men også for nasjonale rettsanvendere.¹⁹ Samlet må man kunne si at EMD mer eller mindre har skapt en egen metode for tolkningen av konvensjonen, som altså på visse punkter fraviker alminnelig folkerettslig metode.

Jeg nevnte tidligere at Høyesterett vil anvende EMD's metode ved tolkningen av EMK. Det gjelder imidlertid ett forbehold, nemlig at Høyesterett overlater til EMD å utvikle EMK.²⁰ Dette må innebære at Høyesterett først og fremst forholder til EMD's praksis i tolkningen, noe som også går klart frem av de seneste høyesterettsdommene hvor EMK er påberopt.

Det følger av dette at jeg ved anvendelsen av EMK først og fremst vil se hen til EMD's praksis. Høyesteretts praksis er imidlertid her, som ellers, en rettskilde med betydelig vekt. Som nevnt vil ikke Høyesterett anlegge en dynamisk tolkning av konvensjonen. Videre er det ikke gitt at dens slutninger ikke vil bli overprøvd av EMD. I den grad jeg benytter Høyesterettspraksis i denne sammenheng, må derfor disse forbehold has for øye.

1.3.3 Rettskilder ved anvendelsen av strgjfl § 42

Utgangspunktet for tolkningen av strgjfl § 42 er alminnelig norsk juridisk metode. Straffegjennomføringsloven trådte i kraft i 2001. Av forarbeidene nevnes fengselslovutvalgets utredning²¹, Ot. Prp. nr 5 (2000-2001) samt justiskomiteens innstilling²². Det er gitt forskrifter til straffegjennomføringsloven i medhold av § 5.²³ Videre er det gitt retningslinjer til loven med hjemmel i forskriften § 7-1.²⁴ I tillegg foreligger det enkelte rundskriv. Straffegjennomføring hører under forvaltningsretten, slik at forvaltningsloven og alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper som

¹⁹ For en gjennomgang av EMD's metode, se Elgesem (2003)

²⁰ Jfr uttalelse i Rt 2002 s 557 avsnitt

²¹ NOU 1988:37

²² Innst.O.nr 60 (2000-2001)

²³ Forskrift til lov om straffegjennomføring av 22. februar 2002, heretter forskriften.

²⁴ Retningslinjer til lov om gjennomføring av straff og til forskrift til loven av 16. mai 2002, heretter retningslinjene.

utgangspunkt får anvendelse. Vanligvis har rettspraksis stor vekt ved tolkningen av norske regler. Anvendelsen av strgjfl § 42 er derimot sjelden gjenstand for domstolsprøvelse. Dette betyr at rettspraksis knapt finnes på dette området, og i hvert fall ikke Høyesterettspraksis.²⁵ Riktignok behandles noen fengselssaker hvert år for Sivilombudsmannen, men få av disse gjelder strgjfl § 42. Videre er det lite juridisk litteratur om prøveløslatelsesordningen. Den rettskildemessige betydningen av forskrifter, retningslinjer, rundskriv og forvaltningspraksis blir derfor større enn på mange andre rettsområder. Dette har igjen sammenheng med at straffegjennomføringsloven er så vidt ny.

Det kan reises spørsmål ved hvilken vekt Høyesterett vil tillegge rundskriv, retningslinjer og forvaltningspraksis. Jeg skal ikke gå nærmere inn på dette her.²⁶ Temaet for oppgaven er i hvilken grad *gjeldende praktisering* av strgjfl § 42 strider mot EMK. For våre formål er det derfor tilstrekkelig å holde oss til regelverket i lys av foreliggende rettskildemateriale, uavhengig av om slike slutninger vil stå seg overfor Høyesterett.

1.4 Den videre fremstilling

Hovedproblemstillingen i oppgaven er hvorvidt nektelse av prøveløslatelse er ”criminal charge” etter EMK art 6. Drøftelsen av dette spørsmålet følger i kapittel 2. I de påfølgende kapitler (kapittel 3-6) går jeg nærmere inn i de konkrete rettighetene i EMK art 6 og P7 art 4 nr 1, med sikte på å vurdere nektelse av prøveløslatelse i forhold til enkelte av disse. I den grad det skapes problemer i forhold til konvensjonskonformitet, vil jeg komme med forslag til endringer/ forbedringer. Felles for alle disse kapitlene, er

²⁵ Det er nylig avsagt en kjennelse fra Frostating lagmannsrett som gjelder spørsmålet om nektelse av prøveløslatelse og forholdet til forbudet mot dobbelt straffeforfølgning etter EMK P7 art 4. Dette er den første i sitt slag. Saken forventes behandlet for Høyesterett i løpet av våren, men var ikke rettskraftig da denne avhandlingen ble levert.

²⁶ Se bl.a. drøftelsen i Eckhoff (2001) s 225 flg. Det kan nevnes at i Rt 2003 s 1100, som gjaldt spørsmålet om reaksjon etter strgjfl § 40 for narkotikainnførsel til fengselet stengte for senere straffesak om det samme forholdet, anvendte Høyesterett retningslinjene til bestemmelsen for å tolke ordlyden i strgjfl § 40.

at de innledes med en redegjørelse av rettstilstanden etter EMK, henholdsvis norsk intern rett. Deretter følger en vurdering av i hvilken grad det er samsvar/uoverensstemmelser mellom reglene.

Rammen om oppgaven er gjennomføringen av internasjonale menneskerettigheter i norsk rett. Avslutningsvis (kapittel 7) er det derfor på sin plass med en vurdering av hvorvidt EMK art 6 og P7 art 4 kan sies å være gjennomført i tråd med intensjonene ved utarbeidelsen og anvendelsen av strgjfl § 42, jfr menneskerettsloven.

2 Nektelse av prøveløslatelse og "criminal charge"

2.1 Innledning

Problemstillingen i dette kapitlet er om nektelse av prøveløslatelse etter strgjfl § 42 kan anses som "criminal charge" etter EMK art 6 (1). Dette er som nevnt avgjørende for om rettighetene i EMK art 6 får anvendelse. Før vi går nærmere inn på denne problemstillingen, er det hensiktsmessig med en generell redegjørelse for de to bestemmelser.

2.2 Kort om "criminal charge"

EMK art 6 er av de mest sentrale bestemmelsene i konvensjonen, og den som påberopes oftest. Bestemmelsen gir rett til en rettferdig rettergang ("fair trial"). Hvorvidt garantiene får anvendelse er avhengig av om saken det er tale om faller inn under "civil rights and obligation" eller "determination of a criminal charge". Dette er begreper som ikke nødvendigvis tilsvarer vår definisjon av sivile saker og straffesaker. Hva som nærmere ligger i disse autonome begrepene, følger først og fremst av konvensjonspraksis.

EMK art 6 er altså delt inn i en "civil head" og en "criminal head". For våre formål er det tilstrekkelig å se nærmere på hvilke type saker som faller inn under "criminal head".

”Criminal charge” er altså et autonomt begrep. Men statenes klassifisering er ikke uten betydning. Dersom statene har klassifisert en handling som straffbar, følger det automatisk at handlingen anses som ”criminal” i konvensjonens forstand.²⁷ Dette betyr at det først er ved de tilfellene handlingen ikke er definert som straff etter intern rett det blir nødvendig å ta stilling til om det likevel er snakk om ”criminal charge”. Det er med andre ord først ved disse tilfellene begrepet ”criminal charge” får selvstendig betydning.

I den mest grunnleggende dommen²⁸ om ”criminal charge”- begrepet var det nettopp dette som var tilfelle. Saken gjaldt spørsmålet om sanksjoner i militæret var å anse som ”criminal charge” etter EMK art 6. Disse sanksjonene var etter nederlandsk rett ikke betegnet som straff, men som disiplinærforføyninger. Domstolen slo først fast at den nasjonale klassifiseringen var relevant, men kun som et utgangspunkt. To andre momenter var av større betydning, nemlig ”the nature of the offence” og ”the degree of the severity of the penalty”.²⁹ EMD har senere benyttet seg av disse tre kriteriene i en rekke saker.³⁰

Hva som nærmere ligger i ”the nature of the offence”, fremgår av konvensjonspraksis. Avgjørende er om det er naturlig å anse handlingen som ”criminal” i konvensjonens forstand. I denne vurderingen er flere faktorer relevante. Dels hvor alvorlig handlingen er, dels om normen som sanksjonerer handlingen retter seg mot en mindre gruppe eller mot allmennheten for øvrig.³¹ I forhold til det sistnevnte momentet kommer særlig forholdet mellom disiplinærstraffer og alminnelige straffer på spissen. Hvor normen har til hensikt å regulere intern disiplin i for eksempel et fengsel, er det ikke naturlig å anse forholdet som ”criminal”.³² Tilsvarende gjelder der normen retter seg mot interne forhold i en militærforlegning.³³ I *Ravnsborg v Sverige*, som gjaldt rettergangsstraff, ble

²⁷ Jfr Harris, O’Boyle og Warbrick (1995) s 167

²⁸ *Engel v Nederland* A 22 (1976)

²⁹ *Ibid* para 82

³⁰ Se for eksempel *Campbell and Fell v UK* A 80 (1984), *Öztürk v Tyskland* A 73 (1984), *Bendenoun v Frankrike* A 284 (1994). Man taler gjerne om de såkalte ”Engel- kriteriene”.

³¹ Se *Campbell and Fell* A 80 (1984) para 71

³² *l.c.*

³³ Se *Engel v Nederland* A 22 (1976) para 84 i.f.

det lagt vekt på at bakgrunnen for reglene var å opprettholde ro og orden i rettssalen. Reglene rettet seg med andre ord mot en avgrenset krets av personer.³⁴

Jo mer alvorlig handlingen er, jo større grad av "criminal". I Campbell and Fell var det at handlingene ble betegnet som "especially grave" et moment som ga handlingene "a certain colouring which does not entirely coincide with that of a purely disciplinary matter".³⁵ I Öztürk v Tyskland, som gjaldt trafikkforseelse som var avkriminalisert etter tysk rett, var det imidlertid ikke avgjørende at handlingen ikke var særlig grov. Det ble i stedet lagt vekt på at reglene rettet seg mot enhver som benyttet veiene, samt at sanksjonen hadde et pønalt preg.³⁶

I det andre momentet, "the nature and degree of severity of the penalty", ligger det to krav. For det første må det være tale om en straff ("penalty"). Av betydning her er om sanksjonen har et pønalt preg.³⁷ For det andre må straffen være av en viss strenghet. I Ravensborg v Sverige var det tale om en bot, som ikke ble ansett som streng.³⁸ I Campbell and Fell v UK og Engel v Nederland risikerte klagerne frihetsberøvelse av en viss lengde. Dette ble ansett som streng straff, og var avgjørende for at EMD fant EMK art 6 anvendelig. Det er ikke dermed sagt at frihetsberøvelse er en nødvendig forutsetning for at vi står overfor en "criminal charge". En samlet vurdering av Engel-kriteriene kan føre til at en mindre streng sanksjon er å anse som "criminal charge". Men der vi står overfor en sanksjon uten et pønalt formål tyder mye på at frihetsberøvelse er nødvendig.³⁹ I de tilfeller der bøter har vært ansett som en tilstrekkelig streng sanksjon, har det dessuten vært en risiko for frihetsberøvelse ved betalingsunnløstelse.⁴⁰

Det kan spørres om Engel- kriteriene er alternative eller kumulative. I Engel- saken synes det som om reaksjonens strenghet i seg selv var tilstrekkelig for at EMK art 6 fikk

³⁴ A 283-B (1994) para 28-36

³⁵ A 80 (1984) para 71

³⁶ A 73 (1984) para 46-56

³⁷ l.c.

³⁸ A 283-B (1994)

³⁹ Se Rt 2002 s 509 på s 520

⁴⁰ Se for eksempel dommene i Weber v Sveits A 177 (1990) og Demicoli v Malta A 210 (1991)

anvendelse. I Garyfallou AEBE v Hellas⁴¹ var reaksjonens strenghet avgjørende uten at domstolen vurderte handlingens art. I Campbell and Fell v UK, derimot, synes det som om kriteriene blir anvendt kumulativt. En nærmere drøftelse av dette problemet kommer jeg imidlertid tilbake til senere.

Det er ikke nok at vi står overfor en straff. Det må i tillegg foreligge en siktelse ("charge"). Dette betyr at før det foreligger en siktelse i konvensjonens forstand, inntreffer ikke rettssikkerhetsgarantiene i EMK art 6. Også dette begrepet er autonomt, noe som betyr at vi ikke kan falle tilbake på siktelsesbegrepet i norsk rett.⁴² EMD har kommet med en generell uttalelse av når det foreligger en siktelse. Det er "the official notification given to an individual by the competent authority of an allegation that he has committed a criminal offence" eller andre tiltak som inneholder "the implication of such an allegation and which likewise substantially affects the situation of the suspect".⁴³ Vurderingen av om det foreligger en siktelse må skje materielt snarere enn formelt.⁴⁴ Det avgjørende er om klageren er "substantially affected" av skrittene som er tatt mot ham.⁴⁵ Av dette følger at også andre tiltak enn offisiell underretning kan medføre at siktelse foreligger. For eksempel vil en arrestasjon føre til at klageren blir siktet.⁴⁶ I Funke v Frankrike, som gjaldt overtredelse av valutalovgivningen og som ble etterforsket av sivile myndigheter, ble klageren siktet når myndighetene påla ham å fremlegge bevis og stengte bankkontoen hans.⁴⁷

Tidspunktet for når siktelsen oppstår er viktig, fordi det er avgjørende for når EMK art 6 får anvendelse. I konvensjonspraksis er det lagt til grunn at det er når underretningen til klageren skjer eller når han ellers er "substantially affected", og ikke når avgjørelsen om å starte etterforskningen mot ham tas.⁴⁸

⁴¹ RJD 1997 s 1821

⁴² Se først og fremst avgjørelsen i Deweer v Belgia A 35 (1980) para 42

⁴³ Corigliano v Italia A 57 (1982) para 34

⁴⁴ ibid. para 44

⁴⁵ ibid. para 46

⁴⁶ Wemhof v Tyskland A 7 (1968)

⁴⁷ A 256 A (1993)

⁴⁸ Eckle v Tyskland A 51 (1982)

Selv om det foreligger en straffesiktelse, er det ikke gitt at EMK art 6 får anvendelse. Saken mot siktede må kunne ut i en avgjørelse ("determination") av straffesiktelsen. Møse antar at dette i hvert fall omfatter "siktetes skyld og eventuelle straff".⁴⁹ Dette utelukker bl.a. avgjørelser om straffeprosessuelle tvangsmidler.

Dette var en kort redegjørelse for kjernen i "criminal charge"-begrepet.⁵⁰ Senere skal vi se nærmere på den konkrete anvendelsen av dette begrepet på nektelse av prøveløslatelse etter norsk rett.

2.3 Prøveløslatelse etter strgf. § 42

2.3.1 Bakgrunn og historikk

Prøveløslatelse etter to tredjedeler av soningen ble innført ved fengselsloven av 1900. Prøveløslatelse ble den gangen ansett som et gode, og vilkåret var god oppførsel. Hensynet bak ordningen var å virke oppdragende på fangene, ved at man måtte gjøre seg fortjent til prøveløslatelse. Etter hvert endret denne oppfatningen seg noe, og Fengselsreformkomiteen av 1927 foreslo å endre vilkåret om god oppførsel til at fangen skulle tilkjennes prøveløslatelse såfremt han ikke hadde oppført seg dårlig. Dette forslaget ble vedtatt i 1933, og medførte en utvidelse av adgangen til prøveløslatelse. Bakgrunnen var at man anså prøveløslatelse som et godt virkemiddel for å tilpasse fangen til samfunnet utenfor murene. Dette prinsipielle hensynet har vært det bærende grunnlaget for ordningen helt frem til i dag, gjennom fengselsloven av 1958⁵¹. Praksis omkring bestemmelsen utviklet seg i liberal retning, og prøveløslatelse ble etter hvert tilkjent nærmest automatisk⁵². Det har imidlertid vært stor diskusjon omkring ordningen og enkelte endringer. Bl.a. foreslo Fengselslovutvalget i NOU 1988 nr 37 enstemmig å oppheve ordningen med prøveløslatelse. Bakgrunnen var en kritikk av praksisen rundt prøveløslatelsesordningen, som utvalget mente gjorde at ordningen ikke lenger var et

⁴⁹ Møse (2002) s 312

⁵⁰ For en mer omfattende redegjørelse av "criminal charge", se bl.a. Harris, O'Boyle og Warbrick (1995), Møse (2002), Aall (1995), Strandbakken (2003)

⁵¹ Fengselsloven av 12. desember 1958 § 35

⁵² Storvik (2003), s 233

nyttig virkemiddel i fangebehandlingen. Forslaget hadde også nær sammenheng med ønsket om en mer differensiert straffullbyrdelse, konkretisert gjennom et individuelt utslusingssystem. I den påfølgende stortingsmeldingen⁵³ foreslo Justisdepartementet imidlertid ordningen opprettholdt, men presiserte at systemet kunne forbedres på en rekke punkter. Bl.a. ble det kritisert at prøveløslatelse ble innvilget automatisk. Disse betenkelighetene fikk sitt konkrete utslag i rundskriv fra fengselsstyret 6. september 1999⁵⁴. Her skjedde det en innstramning i praksisen. Hovedinnholdet var at det skulle finne sted en individuell vurdering i hvert enkelt tilfelle. Men det ble også gjort klart at ”hovedregelen fortsatt skulle være prøveløslatelse ved 2/3 tid” (femte avsnitt).

Siste skritt i utviklingen, og det som i dag er gjeldende rett, kom ved straffegjennomføringsloven. Justisdepartementet foreslo i Ot.prp. nr 5 (2000-2001) å videreføre ordningen med prøveløslatelse etter 2/3 tid, med enkelte presiseringer.⁵⁵ Dette ble i det vesentlige fulgt opp av Justiskomiteen i Innst. O. nr 60 – 2000-2001,⁵⁶ og senere altså vedtatt av Stortinget.

2.3.2 Hensyn bak reglene om prøveløslatelse

Hensynene bak prøveløslatelsesordningen er flere, og til dels motstridende. Bakgrunnen for instituttet er først og fremst at fangen skal få en gradvis tilpasning til samfunnet. Underveis i soningen kan han få permisjoner og i noen tilfeller sone i åpen anstalt. Prøveløslatelse er siste skritt i tilbakeføringsprosessen. Slik sett kan man si at prøveløslatelse er en del av rehabiliteringen.

Hovedhensynet bak *nektelse* av prøveløslatelse er først og fremst knyttet til samfunnsbeskyttelsen. Dette har gitt seg utslag i at nektelse kan nektes der prøveløslatelse ville vært ”utilrådelig”. Men det forhold at prøveløslatelse kan nektes, kan også stimulere til god atferd. Derfor har prøveløslatelsesordningen også en viss oppdragende funksjon. Dels gjennom at andre fanger ser at prøveløslatelse kan nektes på bakgrunn av for eksempel disiplinærbrudd. Vi kan her tale om en allmennpreventiv

⁵³ St.meld. nr 27 (1997-1998)

⁵⁴ Fst 4/99

⁵⁵ Se nærmere om dette under punkt 2.6.3.1

⁵⁶ Se s 28

virkning.⁵⁷ Dels at vedkommende som har blitt nektet prøveløslatelse, unnlater å begå for eksempel nye disiplinærbrudd. Dette er med andre ord en individualpreventiv funksjon. Disse preventive hensynene medfører også at nektelsen har et straffende formål.

På denne bakgrunn kan det sies at hensynet bak innvilgelse av prøveløslatelse er av rehabiliteringsmessig karakter. Nektelse av prøveløslatelse, derimot, er dels begrunnet i samfunnsbeskyttelse, og dels i allmenn- og individualpreventive hensyn.

2.3.3 Vilkår for prøveløslatelse

Det rettslige grunnlaget for innvilgelse eller nektelse av prøveløslatelse er strgfjl § 42. Jeg skal i det følgende gjøre nærmere rede for de reglene i bestemmelsen som er relevante for problemstillingen i oppgaven. Hovedfokuset vil derfor ligge på de materielle vilkårene for nektelse av prøveløslatelse etter 2/3- tid (punkt 2.3.4). Men også de formelle vilkårene (punkt 2.3.3.1), samt vedtakskompetansen (punkt 2.3.5) vil bli behandlet. Det er adgang til, under visse vilkår, å oppnå prøveløslatelse allerede ved halv tids soning eller etter syv tolvtedels tid av soningen. Men jeg går ikke nærmere inn på dette her. Heller ikke fremskutt løslatelse etter strgfjl § 42 fjerde ledd vil bli omtalt.⁵⁸

2.3.3.1 Tidspunktet for prøveløslatelse

Etter strgfjl § 42 første ledd kan prøveløslatelse skje først etter at to tredjedeler av straffen er utholdt. Det er imidlertid lagt inn en minstetid; man må ha sonet 60 dager. Inn under denne tiden skal også mulig varetektsopphold medregnes. I tillegg skal man som utgangspunkt ikke prøveløslates dersom den gjenstående straffetid blir mindre enn 14 dager. Dette innebærer at prøveløslatelse som hovedregel bare kan innvilges ved dommer på 74 dager eller mer. Det er imidlertid gjort unntak fra 14 dagers regelen ved at prøveløslatelse kan besluttes dersom ”tungtveiende grunner taler for det”, jfr § 42 første ledd andre pkt.

⁵⁷ Jfr drøftelsen i St. meld. Nr 27 (1997-1998) s 42

⁵⁸ For en nærmere gjennomgang av disse reglene, se Storvik (2003) s 226 flg.

For domfelte som soner fengselsstraff på mer enn 18 år, var det i den tidligere fengselsloven § 35 en bestemmelse om at man kunne innvilges prøveløslatelse etter 12 år ("12 års regelen"). Dette innebar for så vidt et unntak fra hovedregelen om prøveløslatelse ved to tredjedels tid, i og med at fanger med dommer på mer enn 18 år ville kunne bli løslatt før to tredjedels tid. Bakgrunnen for regelen var at det var lite ønskelig med soning utover 12 år, og dersom dette skulle skje måtte det derfor særlige grunner til. Ved strgfll er 12 års regelen opphevet. Dette betyr at det nå er et vilkår for alle fanger med dommer på over 73 dager at de har utholdt to tredjedeler av straffen. Begrunnelsen for opphevelsen var at man ønsket at dommer på mer enn 18 år skulle få større realitet⁵⁹. Justisdepartementet var klar over at opphevelsen kunne få uheldige konsekvenser for nordmenn som hadde sonet en del av straffen i utlandet. For disse var 12 års regelen en viss garanti mot at de sonet langt utover maksimumsstraffen på 21 år. Det ble derfor tatt inn en egen bestemmelse for disse i § 42 første ledd siste pkt. om at de kan bli prøveløslatt etter å ha sonet minst 14 år av straffen, så fremt de er dømt til mer enn 21 års fengsel i utlandet⁶⁰.

2.3.4 Nærmere om utilrådelighetsvurderingen

Slik § 42 er bygd opp, er hjemmelen for å beslutte løslatelse gitt i første ledd. I bestemmelsens femte ledd fremgår det imidlertid når prøveløslatelse *ikke* skal finne sted. I første pkt slås det fast at prøveløslatelse ikke skal skje "hvis omstendighetene etter en totalvurdering gjør løslatelse utilrådelig". Dette er hovedvilkåret for å nekte prøveløslatelse, noe som innebærer at prøveløslatelse skal innvilges dersom det ikke vil være "utilrådelig". Spørsmålet er hvordan dette begrepet skal tolkes.

"Utilrådelig" er et vagt begrep, og kan språklig sett omfatte en rekke omstendigheter. Det er imidlertid gitt en viss veiledning i bestemmelsens andre pkt. Det skal dels legges vekt på domfeltes atferd under soningen, dels på om det er grunn til å anta at domfelte vil begå nye straffbare forhold i prøvetiden. Slik ordlyden er formulert, kan det synes som om dette er to selvstendige vurderingsmomenter. Dette er også den forståelsen som

⁵⁹ Ot.prp. nr 5 (2000-2001) s 112

⁶⁰ l.c.

legges til grunn i retningslinjene til bestemmelsen. Dette betyr at bestemmelsen dels sikter til forhold skjedd under soningen, dels til faren for nye straffbare handlinger. Vi så under kapittel 2.3.2, at hensynene bak nektelse av prøveløslatelse på den ene siden er å stimulere til god atferd, og på den annen side å virke samfunnsbeskyttende. De momentene som nevnes i strgfjl § 42 femte ledd andre pkt er således utslag av disse hensynene.

Det kan spørres om det å, isolert sett, legge vekt på atferd i fengselet, uten at det gir grunn til å anta at nye straffbare forhold vil bli begått, faller inn under ”utilrådelighets”-begrepet. Man kunne tenke seg at ”utilrådelig” først og fremst sikter til samfunnsbeskyttelsen, og at atferd under soning kun kan anvendes som et moment i vurderingen av om det er grunn til å anta at nye straffbare forhold vil bli begått. Storvik er av den oppfatning at denne forståelsen må legges til grunn.⁶¹

På den annen side må atferd under soning språklig sett sies å falle inn under den vage ordlyden. I forarbeidene sies det at ”innsattes atferd under gjennomføringen nå er likestilt med faren for nye straffbare handlinger i prøvetiden”.⁶² I tillegg er sanksjonsmomentet tradisjonelt sett et viktig hensyn blant prøveløslatelsesordningen, og er det fortsatt. Videre fremgår det klart av retningslinjene til bestemmelsen at atferd under soning i seg selv er tilstrekkelig til å nekte prøveløslatelse. Men, som vi skal se, må det her stilles visse krav til hva slags type atferd som kan begrunne nektelse av prøveløslatelse, og resultatet av vurderingen må være at prøveløslatelse vil være ”utilrådelig”.

Momentene i strgfjl § 42 femte ledd andre pkt er imidlertid ikke uttømmende.⁶³ En nærmere presisering av hvilke faktorer som kan gjøre prøveløslatelse ”utilrådelig”, er gitt i retningslinjene til strgfjl § 42 femte ledd. Her nevnes ytterligere tre momenter av betydning for utilrådelighetsvurderingen, nemlig anmeldelse, tiltalebeslutning eller

⁶¹ Storvik (2003) s. 234

⁶² Ot.prp.nr 5 (2000-2001) s 113

⁶³ ibid. s 167 i.f.

begjæring om forhørsrettspådommelse⁶⁴, unnlatt oppmøte til straffegjennomføring til angitt tid og at domfelte motsetter seg prøveløslatelse. Dette er på ingen måte er noen uttømmende oppregning av hvilke faktorer som kan gjøre prøveløslatelse ”utilrådelig”. Hvorvidt prøveløslatelse skal innvilges eller ikke, er under enhver omstendighet avhengig av en tolkning av ”utilrådelig”, jfr strgjfl § 42 femte ledd. Ikke desto mindre vil jeg i redegjørelsen for utilrådelighetsvurderingen ta utgangspunkt i disse momentene, bl.a. fordi det må antas at kriminalomsorgen følger retningslinjene i sin praksis. Avslutningsvis skal jeg ta for meg andre relevante momenter i totalvurderingen.

2.3.4.1 Domfeltes atferd under straffegjennomføringen

Domfeltes atferd under soningen er et sentralt moment i utilrådelighetsvurderingen. Det er først og fremst disiplinærbrudd det siktes til i denne sammenheng. Disiplinærbrudd innebærer at det er begått en handling som kvalifiserer til reaksjon etter strgjfl § 40. For at disiplinærbrudd alene skal kunne føre til nektelse av prøveløslatelse, fremgår det av retningslinjene at domfelte må ha begått ”dokumenterte, gjentatte eller alvorlige disiplinærbrudd”.⁶⁵ Det synes her som om ett enkelt brudd kan være tilstrekkelig, så fremt det er alvorlig nok. Retningslinjene presiserer at disiplinærbruddet for så vidt må være ”særlig grovt og (...) begått kort tid før løslatelse ellers skulle skje”.⁶⁶ Hva som ligger i ”særlig grovt” er ikke presisert nærmere. Storvik antar at det her må dreie seg om vold mot offentlig tjenestemann, omfattende narkotikavirksomhet og alvorlige tilfeller av rømning.⁶⁷ I tillegg må også etter min oppfatning grov vold mot medfanger samt vedvarende brudd på aktivitetsplikten omfattes. Noen av disse forholdene er også straffbare forhold. Etter min oppfatning vil disiplinærbrudd som er straffbare handlinger gjennomgående være ”særlig grovt”, og således alene kunne føre til nektelse.

Hva som ligger i kort tid før løslatelse ellers skulle skje, gir ikke retningslinjene beskjed om. Men man kan se dette i sammenheng med adgangen til å ilegge reaksjon etter strgjfl § 40. Nektelse av prøveløslatelse skal ikke komme som et alternativ til reaksjon.

⁶⁴ Betegnelsen ”forhørsrett” er opphevet, jfr lov 30. august 2002 nr 67. Jeg kan ikke se at retningslinjene til straffegjennomføringsloven er endret i tråd med dette. Det som skulle ha stått er ”begjæring om tilståelsesdom etter strprl § 248”. Jeg vil imidlertid anvende begrepet som benyttes i retningslinjene.

⁶⁵ Retningslinjene til strgjfl § 42 punkt 3.45.2

⁶⁶ I.c., min utheving

⁶⁷ Storvik op.cit s 235

Men dersom disiplinærbruddet kommer kort tid før løslatelse ellers skulle skjedd, kan det være problematisk å ilegge reaksjon av tidsmessige årsaker. Dette må bety at i en slik situasjon vil nektelse av prøveløslatelse kunne bli resultatet, såfremt bruddet altså er tilstrekkelig grovt.⁶⁸ Hvorvidt dette betyr at det er et vilkår for å nekte prøveløslatelse på grunn av ett disiplinærbrudd at det ikke er praktisk mulig å ilegge reaksjon, synes for meg uklart. En slik regel ville også være uforutsigbar og kunne virke tilfeldig. Reelle hensyn taler derfor mot en slik regel. En mulighet er å tolke kort tid på samme måte som det tilsvarende begrepet i strgfjl § 42 fjerde ledd. Her er det en maksimal grense på 3 uker.⁶⁹

Dersom et særlig grovt disiplinærbrudd ikke er begått kort tid før løslatelse ellers skulle skje, er det avhengig av en totalvurdering hvorvidt prøveløslatelse vil være ”utilrådelig”. Ifølge retningslinjene betyr dette at dersom vedkommende ellers har hatt en plettfri soning og ingen av de øvrige momentene er aktuelle, så skal prøveløslatelse innvilges. På den annen side kan man ikke utelukke at et særlig grovt disiplinærbrudd begått tidlig i soningen vil gjøre prøveløslatelse ”utilrådelig”, for eksempel drap på en fangevokter.

Ofte nektes prøveløslatelse på bakgrunn av flere disiplinærbrudd. Som Storvik uttrykker det:

”Hvis innsatte har vist en god oppførsel under hele straffegjennomføringen og avgir en positiv urinprøve dagen før løslatelse, kan han ikke holdes ut over to tredjedels gjennomføringstid som en reaksjon på dette. Prøveløslatelse kan bare nektes dersom den ut ifra en helhetsvurdering antas å være utilrådelig for innsatte, der den siste avgitte urinprøven blir et moment i helhetsvurderingen”.⁷⁰

Vi har sett ovenfor at disiplinærbrudd samtidig kan være straffbare handlinger. Dersom dette er tilfellet, skal forholdet som hovedregel anmeldes i stedet for å møtes med en reaksjon etter strgfjl § 40. Dette følger av retningslinjene til strgfjl § 40 punkt 3.43. Unntak gjelder for mindre alvorlige straffbare handlinger. Men selv om reaksjon ikke kan ilegges, har kriminalomsorgen ved å karakterisere forholdet som ”disiplinærbrudd”

⁶⁸ l.c.

⁶⁹ Retningslinjene til strgfjl § 42, punkt 3.45.2

⁷⁰ Storvik (2003) s 235

tatt stilling til om vilkårene for å ilegge reaksjon er oppfylt. Nektelsesgrunnlaget vil således være ”disiplinærbrudd”, og ikke ”mistanke om nye straffbare forhold”, se nedenfor under kapittel 2.3.4.3.

2.3.4.2 Grunn til å anta at nye straffbare forhold vil finne sted i prøvetiden

Det er det andre momentet lovgiver anviser at det skal legges særlig vekt på. Hva som ligger i dette, gis det imidlertid ingen veiledning om. ”Grunn til å anta” er et svakt beviskrav, og det er derfor en rekke omstendigheter som kan bære bud om en slik fare. Men i og med at lovgiver opererer med dette begrepet som et alternativ til atferd under soning, synes det som om det er andre momenter man har tenkt på. Retningslinjene presiserer for så vidt at dette momentet særlig gjelder for såkalte ”gjengangere”. Det sentrale er hvorvidt ”domfelte har en forhistorie og/ eller atferd som tilsier at det er en reell fare for at det snarlig begås ny kriminalitet.” I denne vurderingen skal det legges vekt på antall tidligere dommer, tidligere brudd på prøvevilkårene og om domfelte under soningen har vist vilje og evne til å endre sin atferd. Det kan virke strengt for den innsatte at tidligere dommer skal forfølge ham også under senere straffegjennomføring. Storvik antar at slike forhold sjelden alene vil være avgjørende i forhold til utilrådelighetsvurderingen, men snarere et svært viktig moment i totalvurderingen (s. 236). Hvorvidt praksis vil utvikle seg i tilsvarende retning er imidlertid uklart.

2.3.4.3 Anmeldelse, tiltalebeslutning eller begjæring om forhørsrettspådømmelse

Dette punktet dreier seg om såkalte ”uoppgjorte straffesaker”. Forutsetningen for at dette momentet alene skal kunne begrunne nektelse av prøveløslatelse, er at anmeldelsen for den straffbare handlingen har resultert i en tiltalebeslutning, alternativt begjæring om forhørsrettspådømmelse. Videre må handlingen ha en strafferamme på mer enn 1 års fengsel. Det fremgår av retningslinjene at forhold lenger tilbake i tid enn 2 år, beregnet fra utholdt to tredjedels tid, normalt ikke bør vurderes. Hensynet er at fangen skal få en mulighet til å legge ting bak seg, og at en handling langt tilbake i tid ikke nødvendigvis sier noe om domfeltes situasjon i dag.⁷¹

⁷¹ Se retningslinjene til strgfj § 42 punkt 3.45.2

Det at anmeldelsen må ha resultert i en tiltalebeslutning, innebærer at mistanken må være av en viss styrke. Etterforskningen må i det alt vesentlige må være avsluttet⁷² og påtalemyndigheten må holde det for tilnærmet sikkert at siktede har begått handlingen for å kunne ta ut tiltale.⁷³ Selv om dette fremstår som absolutte vilkår, er ikke retningslinjene uttømmende, men kun veiledende for skjønnsvurderingen. Dette må innebære at en mistanke etter omstendighetene kan gjøre prøveløslatelse ”utilrådelig”. Det bør imidlertid stilles visse krav til mistankens styrke, for eksempel at denne er særlig sterk.

Tidligere var det et vilkår at fangen ”venter dom for nye forhold, og en dom av en viss lengde forventes å bli avsagt før utløpet av endt tid”.⁷⁴ Det sistnevnte vilkåret er ikke videreført i forskrift og retningslinjer til strgjfl § 42 femte ledd. Dette betyr at fangen som utgangspunkt kan nektes prøveløslatelse for nye straffbare forhold, uavhengig av når de forventes pådømt.

Et spørsmål er om nektelse på grunnlag av mistanke om straffbare handlinger er utslag av hensynet til å stimulere til god atferd eller hensynet til samfunnsbeskyttelsen. Forarbeidene og retningslinjene til strgjfl § 42 opererer med dette momentet som et alternativ til de to som er nevnt i lovteksten, men sier for øvrig ingenting om bakgrunnen for at dette momentet er relevant. I og med at tiltalebeslutningen kan referere seg til handlinger flere år tilbake i tid, sier ikke dette nødvendigvis noe om gjentakelsesfaren. På den annen side er det ikke naturlig å anvende nektelse av prøveløslatelse som stimuli til god atferd, tatt i betraktning av at handlingen tiltalen gjelder kan være begått før soningsstart. Ikke desto mindre er en tiltalebeslutning den sterkeste formelle skyldkonstatering før endelig dom foreligger, og dokumentasjonen kan være langt mer omfattende og sikrere her enn ved ”dokumenterte disiplinærbrudd”. Slik sett har dette momentet større likhetstrekk med ”atferd under soning” enn med

⁷² Jfr bl.a. Rt 2002 s 1504

⁷³ Andenæs (1996) s 272. Det har vært en viss uenighet om dette spørsmålet i teorien, se samme sted for videre henvisninger.

⁷⁴ Se St.meld.nr. 27 (1997-1998) s 41 første spalte

faren for nye straffbare handlinger, som jo først og fremst knytter seg til antall tidligere dommer.

Disiplinærbrudd kan være straffbare handlinger. I den grad handlingen er begått under soning, har en strafferamme på over ett år samt har resultert i en tiltalebeslutning, står vi overfor en overlapping. Men det er en vesensforskjell, nemlig at ved ”disiplinærbrudd” har kriminalomsorgen tatt en selvstendig avgjørelse av om de subjektive og objektive vilkår for å ilegge reaksjon etter strgfjl § 40 er oppfylt. Ved ”mistanke om nye straffbare forhold” er kriminalomsorgen passiv i den forstand at de baserer seg på opplysninger fra påtalemyndigheten. I den grad straffbare handlinger under soning er karakterisert som ”disiplinærbrudd”, vil nektelsesgrunnlaget være domfeltes atferd under soning og ikke ”mistanke om nye straffbare forhold”. Til illustrasjon kan nevnes Frostating lagmannsretts kjennelse av 10. februar 2004. Her hadde en fange kort tid før tidspunktet for prøveløslatelse smuglet inn 7 gram cannabis. Han ble ikke ilagt reaksjon, i og med at slike forhold skal anmeldes til politiet. Ikke desto mindre ble han nektet prøveløslatelse under henvisning til at han hadde begått ”et særlig grovt disiplinærbrudd”. På denne bakgrunn er det i den videre analyse grunn til å sondre mellom disse to nektelsesgrunnlagene.

2.3.4.4 Unnlatt oppmøte til straffegjennomføring til angitt tid

Forutsetningen for at unnlatt oppmøte skal føre til nektelse av prøveløslatelse, er at det går klart frem av innkallingen til soningen at slik unnlattelse kan medføre nektelse.

Unntak gjelder når fangen selv møter til soning innen en uke etter oppmøtetidspunkt.

Det kan spørres om unnlattelse av å møte opp til soning også innebærer ”unndragelse av gjennomføringen av fengselsstraff”, og således er straffbart etter strgfjl § 40 siste ledd.

Språklig sett kan man si at unnlattelse samtidig innebærer unndragelse. Straffebudet i strgfjl § 40 siste ledd er imidlertid først og fremst ment for rømning fra fengsel.

Bakgrunnen for at man valgte betegnelsen ”unndragelse”, var at man ønsket å omfatte alle typer rømning, så som ”unnvikelse fra fengsel, uteblivelser etter endt permisjon og

straffavbrudd”.⁷⁵ I retningslinjene punkt 3.29 er rømningstilfellene nærmere angitt. Det fremgår her at bestemmelsen ikke skal omfatte unnlatelse av å møte til soning.

Det må på denne bakgrunn legges til grunn at unnlatelse av å møte til soning ikke er straffbart etter strgfjfl § 40 siste ledd.

2.3.4.5 Domfelte motsetter seg prøveløslatelse

Domfelte har en viss valgfrihet med hensyn til spørsmålet om prøveløslatelse. Han kan motsette seg prøveløslatelse. Dette må imidlertid skje uttrykkelig. Videre må utsagnet etter retningslinjene ha en akseptabel grunn. Retningslinjene nevner bl.a. velbegrunnet frykt for å begå ny kriminalitet. Videre kan påvente av boforhold, arbeid og utdanning være relevante grunner. Det nevnes at endelig vedtak om utvisning ikke regnes som akseptabel grunn. Bakgrunnen er at en utlending ikke skal kunne utsette iverksettingen av utvisningsvedtaket ved å motsette seg prøveløslatelse.

2.3.4.6 Andre momenter

Hvert av de ovennevnte momentene kan enten alene eller i kombinasjon tilsi at prøveløslatelse vil fremstå som utilrådelig, med den konsekvens at prøveløslatelse nektes. Disse momentene er imidlertid ikke uttømmende. Også andre faktorer kan tilsi at prøveløslatelse vil være ”utilrådelig” etter strgfjfl § 42 femte ledd. I Justiskomiteens innstilling nevner flertallet at hensynet til den allmenne rettsfølelsen bør være et relevant hensyn.⁷⁶ Hva dette nærmere innebærer, er ikke konkretisert. Men jeg antar at dette kan gjelde for eksempel grovere tilfeller av seksualforbrytelser der saken i tillegg har vært sterkt mediefokusert.

Et annet moment er fangens situasjon på løslatelsestidspunktet. Her siktes det til boforhold, arbeidssituasjon, utdanningsplaner og lignende. Det kan anføres at ”jo mer ordnede forhold innsatte har å komme ut til, jo mindre sannsynlig vil det være at han igjen begår nye kriminelle handlinger”.⁷⁷ Jeg er enig i at dette kan være et relevant

⁷⁵ Ot.prp. nr 5 (2000-2001) s 109

⁷⁶ Innst. O. nr 60 (2000-2001) s. 28

⁷⁷ Storvik (2003) s. 237

moment. På den annen side bør man være forsiktig med å legge for stor vekt på dette til ugunst for fangen. Jeg viser i denne forbindelse til strgfjfl § 41, som gir kriminalomsorgen en forpliktelse til å bidra til at forholdene legges til rette for prøveløslatelse. Retningslinjene nevner bl.a. at det ”i nødvendig utstrekning (skal) tas kontakt med offentlige myndigheter, organisasjoner eller privatpersoner som kan yte bistand for å oppnå ordnede boligforhold, arbeid, opplæring eller andre tiltak som kan bidra til en lovlydig livsførsel etter løslatelse”. Det skal ikke gå utover fangen dersom dette ikke er gjort, forutsatt selvsagt at ingen av de øvrige momentene kommer til anvendelse.

2.3.4.7 Rimelighetsvurdering

Jeg nevnte i forrige punkt at momentene ikke er uttømmende. De er heller ikke ubetinget avgjørende. For det første trenger ikke prøveløslatelse være ”utilrådelig” etter strgfjfl § 42 selv om noen av de nevnte faktorer foreligger. Når lovgiver har gitt ordlyden en slik vag formulering, må det også ligge i dette at kriminalomsorgen skal foreta en helhetsvurdering hvor de forhold som taler *for* prøveløslatelse må tillegges vekt. Videre fremgår det av retningslinjene at selv om vilkårene for nekting av prøveløslatelse er oppfylt, kan fangen unntaksvis allikevel prøveløslates etter en rimelighetsvurdering. Momenter i denne vurderingen er bl.a. de hensyn som kan begrunne løslatelse etter halv tid etter strgfjfl § 42 tredje ledd, for eksempel alvorlig sykdom. I tillegg kan fangens situasjon på løslatelsestidspunktet være relevant, bl.a. de momenter som ble nevnt i forrige punkt.

Denne vurderingen fungerer altså som et sikkerhetsnett. Det skal fange opp de tilfeller der momentene nevnt i de foregående punkter taler for nektelse av prøveløslatelse, men der dette allikevel fremstår som sterkt urimelig.

2.3.5 Vedtakskompetanse

Kriminalomsorgen er inndelt i tre nivåer. Etter strgfjfl § 5 første ledd er dette Kriminalomsorgens sentrale forvaltning (KSF), regionalt nivå og lokalt nivå. KSF er en direktoratsfunksjon i Justisdepartementet. Det er seks regioner, som hver har det faglige

og administrative ansvar for anstaltene knyttet til regionene. Lokalt nivå er de enkelte anstalter, herunder friomsorgskontorer.

Vedtakskompetansen er for de fleste saker lagt til lokalt nivå, jfr strgjfl § 6 første ledd. Av den organisatoriske oppbygningen følger det at regionalt nivå er klageorgan. Men for visse sakstyper og/ eller visse domfelte, følger det av strgjfl § 6 annet ledd at regionalt nivå treffer avgjørelse i første Instans. Dermed er KSF klageorgan. For vedtak etter strgjfl § 42, har lokalt nivå som hovedregel vedtakskompetanse. Men det følger av strgjfl § 6 annet ledd andre punktum at dette ikke gjelder for domfelte idømt fengselsstraff på mer enn ti år, der domfelte er idømt en strafferettslig særreaksjon eller han er innsatt i avdeling med særlig høyt sikkerhetsnivå etter strgjfl § 10 annet ledd. For disse sakene er regionalt nivå gitt vedtakskompetanse, og klage behandles altså av KSF.

2.4 Sammenlikning av nektelse av prøveløslatelse og "criminal charge"

Vi har nå sett på hovedtrekkene i anvendelsesområdet til EMK art 6, "altså criminal charge- begrepet", og innholdet i reglene om prøveløslatelse etter strgjfl § 42. På bakgrunn av denne redegjørelsen, vil jeg i det følgende se nærmere på i hvilken grad nektelse av prøveløslatelse kan sies å være "criminal charge". Jeg vil ta utgangspunkt i de såkalte "Engel- kriteriene", og først vurdere disse hver for seg. Spørsmålet er om hvert av kriteriene i seg selv medfører at vi står overfor en "criminal charge". Det er imidlertid ikke gitt at det er adgang til å anvende kriteriene alternativt. En drøftelse av dette er derfor på sin plass. Endelig vil jeg foreta en mer helhetlig vurdering av kriteriene, og se om det etter en slik vurdering er grunnlag for å utvide eller innsnevre de resultatene som en vurdering av kriteriene hver for seg tilsier. Det er fare for at det blir noen gjentakelser, men i den grad det skjer er det for bedre å belyse problemstillingene.

2.4.1 Utgangspunktet etter norsk rett

Vedtak om prøveløslatelse etter strgfjl § 42 treffes av forvaltningen. Etter strgfjl § 6 treffes vedtaket av lokalt nivå, unntaksvis av regionalt nivå.⁷⁸ Det følger av dette at vedtak om nektelse av prøveløslatelse er en forvaltningsavgjørelse, og ikke en strafferettslig siktelse som utløser en straffeprosessuell behandling av spørsmålet. Det er således på det rene at et vedtak etter strgfjl § 42 ikke er straff etter norsk intern rett, jfr grl § 96.

2.4.2 The nature of the offence

Arten av handlingen er ett av momentene i vurderingen av om vi står overfor en "criminal charge". Som vi så i punkt 2.2, er det flere momenter som kan gi handlingen karakter av "criminal". Dels hvor alvorlig handlingen er, og dels om normen som tar sikte på å ramme handlingen er rettet mot en begrenset gruppe eller mot allmennheten. Som vi har sett er nektelse av prøveløslatelse ansett som en disiplinærforføyning etter norsk rett. Dette innebærer at nektelsen retter seg kun mot fanger, og man kunne derfor anføre at handlingen aldri ville være "criminal". Den nasjonale betegnelsen er imidlertid bare et utgangspunkt. Vi må gå dypere og se nærmere på hvilke forhold som kan føre til nektelse av prøveløslatelse.

Problemstillingen i det følgende er i hvilken grad de handlinger som kan føre til nektelse av prøveløslatelse er "criminal" etter EMK art 6. Dette er med andre ord en vurdering av "the very nature of the offence".⁷⁹ Jeg vil i denne vurderingen ta utgangspunkt i de forhold som kan føre til nektelse av prøveløslatelse etter strgfjl § 42, se punkt 2.3.4.

2.4.2.1 Domfeltes atferd

I det følgende forutsetter jeg at nektelse av prøveløslatelse er besluttet på bakgrunn av disiplinærbrudd alene. Vi så under punkt 2.3.4.1 at det etter strgfjl § 42 er adgang til å nekte på et slikt grunnlag. Det er endog adgang til å nekte på bakgrunn av ett

⁷⁸ Se punkt 2.3.5 ovenfor

⁷⁹ Jfr Engel v Nederland A 22 (1976)

disiplinærbrudd, så fremt det er ”særlig grovt”.⁸⁰ Spørsmålet er om slike handlinger kan sies å være ”criminal” etter EMK art 6.

To dommer fra EMD er særlig relevante. Begge dommene gjaldt spørsmålet om nektelse av prøveløslatelse etter britisk rett var å anse som ”criminal charge” etter EMK art 6.

I *Campbell and Fell v. UK*⁸¹ var en fange bl.a. blitt nektet prøveløslatelse på bakgrunn av opptøyer (”mutiny”) og vold mot fengselsbetjent (”gross personal violence to an officer”). Dette var etter britisk rett en disiplinærforføyning, men EMD vurderte om handlingens karakter tilsa at avgjørelsen måtte tilfredsstillte kravene etter EMK art 6. Domstolen la her vekt på to momenter: handlingens grovhet og hvorvidt den har likhetstrekk med alminnelige straffbare handlinger. EMD synes å operere med et kjerneområde for bestemmelsens anvendelsesområde. Dette er handlinger som har sterke likhetstrekk med alminnelige straffbare handlinger og som derfor er av ”inherently criminal character”⁸². Det er først dersom dette ikke er tilfelle at det blir aktuelt å se på grovheten av forholdet. I denne saken var det på det rene at i hvert fall vold mot fengselsbetjent også var straffbart etter alminnelig britisk straffelov.

I *Ezeh & Connors v UK* var klagerne funnet skyldige i henholdsvis trusler og ”assault”.⁸³ Også her var det snakk om forhold som i utgangspunktet var disiplinærbrudd. Domstolen anvendte her samme tilnærming som i *Campbell and Fell v. UK*, og vurderte spørsmålet i forhold til de to nevnte momenter.⁸⁴ EMD fant det klart at i hvert fall ”assault is an criminal offence under the criminal law”.

I begge disse sakene falt altså ett av forholdene under den alminnelige straffelov. De andre handlingene var det større tvil knyttet til. I *Campbell and Fell v. UK* var det i tillegg til vold, snakk om opptøyer (”mutiny”), som først og fremst er knyttet til

⁸⁰ Jfr Retningslinjene til strgjfl § 42 punkt 3.45.2

⁸¹ A 80 (1984)

⁸² Jfr *Öztürk v Tyskland* og Rt 2002 s 1007

⁸³ Dom av 15. juli 2002 para 11 og 18

⁸⁴ *ibid.* para 68-70

fengselsforholdene. I Ezeh- saken var det riktignok snakk om trusler, men disse var fremkommet under et intervju med en fengselsbetjent. Gjerningsbeskrivelsen falt dermed ikke umiddelbart inn under den alminnelige straffebestemmelse. Men hva som ved første øyekast fremstår som normer rettet mot en begrenset krets av personer, kan ved nærmere ettersyn vise seg å inneholde en gjerningsbeskrivelse som faller inn under alminnelig strafferett. EMD uttaler i Campbell and Fell- dommen dette i forhold til ”mutiny”: ”although mutiny and incitement to mutiny are not as such offences under the general criminal law, the underlying facts may found a criminal charge of conspiracy”.⁸⁵ En tilsvarende uttalelse kom EMD med i Ezeh- saken i forhold til trusler. Det er med andre ord ikke gitt at normer som formelt sett retter seg mot fangebefolkningen, ikke også kan rammes av de alminnelige straffebud. Men i de tilfellene hvor vi er i grenselandet mellom åpenbare straffbare handlinger og utpregede disiplinærbrudd, kan det være grunn til å se på handlingens grovhet. Jo grovere handlingen er, jo mer utviskes skillet mellom disiplinærbrudd og straffbare handlinger.

Grovheten av forholdet kommer dermed først på spissen der det er tale om forhold som ikke kan sies å rammes av alminnelig straffelov, eller hvor dette fremstår som uklart. Det er først her at sontringen mellom disiplinærbrudd og ”criminal offence” kommer frem. Vurderingen blir imidlertid utpreget konkret. Men det at vi befinner oss på fengselsrettens område begrenser ikke i seg selv rekkevidden av ”criminal charge”-begrepet. EMD uttaler i Campbell and Fell v UK at det må gjelde særskilte regler innenfor et fengsel. Men ”the guarantee of a fair hearing, which is the aim of article 6, is one of the fundamental principles of any democratic society”.⁸⁶ Dette innebærer at et avgjørende spørsmål er om handlingen er av en slik karakter at en behandling av den krever en prosess som tilfredsstiller kravene i EMK art 6. Her ser vi altså at EMD benytter den viktige stilling som retten til ”fair trial” har, som et viktig reelt hensyn. Vi kan gjerne tale om en *effektiv* tolkning av bestemmelsen.

EMD kom i begge sakene til at handlingene ikke var tilstrekkelig til å utløse rettighetene i EMK art 6, men at både grovheten og at de kunne likestilles med

⁸⁵ A 80 (1984) para 71

⁸⁶ A 80 (1984) para 69

alminnelige straffbare handlinger ”do give them a certain colouring which does not entirely coincide with that of a purely disciplinary matter”.⁸⁷

Etter norsk rett kan altså prøveløslatelse nektes på bakgrunn av enkeltstående handlinger, så fremt de er *grove* nok. Hva forarbeidene mener med dette, er uklart.⁸⁸ Det er heller ikke klart om det som er grovt etter norsk rett, også vil være det etter EMK. Det kan derfor være grunn til å se nærmere på hvilke disiplinærbrudd det kan dreie seg om.

Et disiplinærbrudd er i utgangspunktet ethvert forsettlig eller uaktsomt brudd på reglene for ro, orden og disiplin eller forutsetninger og vilkår fastsatt i eller i medhold av denne loven, herunder medvirkning til slikt brudd. Det omfatter også brudd som er begått under midlertidig fravær fra fengsel eller under transport til og fra fengsel, jfr strgjfl § 40, jfr retningslinjene pkt 3.43. Det ligger i dette at det er snakk om en rekke forhold av varierende alvorlighetsgrad. Men det er klart at dette omfatter forhold som også er straffbare etter straffeloven, f.eks. vold, tyveri og bruk og omsetning av narkotika. Disse forholdene vil altså falle inn under ”criminal charge”- begrepets kjerneområde. I en kjennelse fra Frostating lagmannsrett, som gjaldt spørsmålet om nektelse av prøveløslatelse og forholdet til forbudet mot dobbelt straffeforfølgning etter EMK P7 art 4, er uttalt følgende:

”I vår sak ligger det et straffbart forhold til grunn for reaksjonen, forholdet anses som særlig grovt, og da kan det ikke være avgjørende hvorvidt reaksjonen betegnes som disiplinærreaksjon eller noe annet.”⁸⁹

Men der vi kommer utenfor de klare tilfellene, blir situasjonen mer komplisert.

Hvilke handlinger som kan sies å være grove i EMK’s forstand, er det vanskelig å ta konkret stilling til. Forarbeidene til straffegjennomføringsloven sier det slik:

⁸⁷ A 80 (1984) para 71

⁸⁸ Se ovenfor punkt 2.3.4.1

⁸⁹ Frostating lagmannsretts kjennelse av 10. februar 2004. Det bemerkes at kjennelsen ikke er rettskraftig, og har således begrenset rettskildeverdi. Saken vil ikke bli ferdigbehandlet før denne oppgaven skal innleveres.

”Nødvendigheten av en prosedyre som tilfredsstiller kravene i art. 6 kan imidlertid oppstå i tilfelle hvor nektelsen skyldes alvorlige forhold og er av inngripende karakter, og hvor nektelsen dermed har sterke likhetspunkter med straff.”⁹⁰

Denne uttalelsen gir imidlertid liten veiledning. Hvis vi skal prøve oss på en generell grensedragning, kan vi dele disiplinærbruddene inn i to hovedkategorier. For det første disiplinærbrudd knyttet til fangenes daglige liv. Dette er typisk unnlatelse av å gjøre rent på cella, unnlatelse av å dra på arbeid, å oppbevare flere eiendeler på cella enn tillatt og forsømmelse av diverse plikter. Under denne kategorien faller også generelt ”dårlig oppførsel”, som å unnlate å adlyde ordre eller snakke stygt til betjentene.

I den andre kategorien finner vi disiplinærbrudd som går mer på det sikkerhetsmessige aspektet ved soningen. Altså handlinger som kan være en trussel mot sikkerheten på fengslet. Dette kan være handlinger som vold mot betjenter eller andre fanger, rømning eller forsøk på rømning, trusler, tyveri, bruk, omsetning og oppbevaring av narkotika, opptøyer og lignende.

Når det gjelder handlinger som faller inn under den første gruppen, er det åpenbart at vi ikke står overfor handlinger som er ”criminal”, verken ut i fra handlingens grovhet eller at de har likhetstrekk med straffbare handlinger. Handlingene under den andre kategorien, kommer derimot i en annen stilling. Som nevnt vil noen av disse handlingene være straffbare, slik som vold, tyveri og narkotika. Det følger av vilkåret for å nekte prøveløslatelse på dette grunnlag at fangen må ha begått ”dokumenterte” disiplinærbrudd. Det ligger i dette at både de objektive og subjektive vilkår for å ilegge reaksjon etter strgfjl § 40 må være oppfylt, altså han er ”skyldig”.⁹¹ Når disiplinærbruddene også er straffbare handlinger, er konsekvensen av nektelsen at han anses skyldig i å ha begått straffbare handlinger. Dette taler for at handlingene er ”criminal” i konvensjonens forstand:

”et inngrep som er begrunnet med at de objektive og subjektive vilkår for straff er oppfylt, (må) i forhold til Engelkriteriene anses som ”criminal in nature””.⁹²

⁹⁰ Ot.prp. nr. 5 (2000-2001) s 113

⁹¹ Se nærmere Storvik (2003) s 161

⁹² Jfr Høyesteretts kjennelse av 22. desember 2003 avsnitt 78

For de øvrige handlingene er det avhengig av en konkret vurdering av grovheten om vi kan karakterisere dem som "criminal". Her er det selvsagt relevant at vi står overfor handlinger begått i et fengsel. Men det avgjørende vurderingstemaet synes å være om handlingen er av en slik karakter at behandlingen av den nødvendiggjør en prosedyre i samsvar med kravene i EMK art 6.

Det er viktig i denne forbindelse å presisere at handlingens art ikke er ubetinget avgjørende for om vi står overfor en "criminal charge". Dette er bare ett av momentene i vurderingen. Dette innebærer at handlinger som etter drøftelsen ovenfor ikke kan sies å være "criminal", ikke nødvendigvis medfører at EMK art 6 ikke kommer til anvendelse. En endelig konklusjon på spørsmålet, må derfor vente til senere.

2.4.2.2 Mistanke om nye straffbare forhold

Problemstillingen i dette avsnittet er om nektelse av prøveløslatelse på bakgrunn av mistanke om nye straffbare forhold innebærer at nektelse skjer på grunnlag av en handling som er "criminal" i EMKs forstand. Her skjer nektelsen på bakgrunn av mistanke om begåtte *straffbare* forhold, som også kan knytte seg til handlinger som er begått før soningen tok til. Som hovedregel skal det kun legges vekt på straffbare handlinger med en strafferamme på over 1 års fengsel. Det følger av dette at det både er snakk om alvorlige forhold, samt at normen retter seg mot allmennheten. Sett i lys av EMD's praksis omkring vurderingstemaet "the nature of the offence", taler dette for at vi har å gjøre med en handling som er "criminal". Dette styrkes av forarbeidene til straffegjennomføringsloven. Justisdepartementet er av den oppfatning at

"(I) forhold til norsk rett og praksis kan spørsmålet om adgang til domstolsprøving være særlig aktuelt i tilfelle hvor prøveløslatelse ved 2/3-dels straffetid nektes på grunnlag av straffbare handlinger som ikke er rettskraftig pådømt."⁹³

Det kan i denne forbindelse også vises til bestemmelsene i strgfjl § 45. Etter denne bestemmelsen kan en som er løslatt på prøve gjeninnsettes dersom han begår en ny straffbar handling i prøvetiden. Denne avgjørelsen må skje etter kjennelse av

⁹³ Ot.prp. nr 5 (2000-2001) s 113

forhørsretten, jfr strgjfl § 45 første ledd jfr strl § 28 b annet ledd og tredje ledd annet til fjerde punktum. Høyesteretts kjæremålsutvalg har imidlertid lagt til grunn at det må foreligge *dom* for at prøveløslatte er skyldig i den nye straffbare handling før kjennelse om gjeninnsettelse kan treffes.⁹⁴ De begrunner dette under henvisning til rettssikkerhetssynspunkter. Selv om kjæremålsutvalget her ikke omtaler forholdet til EMK art 6, forstår jeg utvalgets argumentasjon dit hen at en annen løsning ville skapt problemer i forhold til bl.a. uskyldspresumsjonen i EMK art 6 (2). Det ligger i dette at avgjørelsen om gjeninnsettelse er en ”determination of a criminal charge”. Forskjellen til vår problemstilling er at vedkommende her er prøveløslatt, og altså ikke soner i fengselet. Ikke desto mindre vil nektelse av prøveløslatelse skje på bakgrunn av mistanke om nye straffbare forhold, og resultatet vil være ytterligere frihetsberøvelse.⁹⁵ Anvendelsen av strgjfl § 45 har dermed overføringsverdi til vår sak.

Høyesterett tok i Rt 2003 s 1221 stilling til hvorvidt ileggelse av konkurskarantene etter konkursloven⁹⁶ § 142 er ”straff” i konvensjonens forstand. Etter konkursloven § 142 første ledd nr 1 kan konkurskarantene legges dersom konkursdebitor ”med skjellig grunn kan mistenkes for en straffbar handling” i forbindelse med konkursen eller den virksomhet som førte til insolvens. I vedkommende sak ble konkursdebitor senere tiltalt for de handlinger som lå til grunn for konkurskarantenen. Høyesterett måtte ta stilling til om straffesaken skulle avvises etter EMK P7 art 4 nr, fordi den måtte anses rettskraftig avgjort i og med ileggelsen av konkurskarantenen. I denne vurderingen måtte Høyesterett ta stilling til om konkurskarantene var ”straff”.⁹⁷ Høyesterett finner at konkurskarantene ikke er ”straff”, og begrunner dette med at formålet med tiltaket ”er å beskytte andre, ikke å straffe”.

Konkurskarantene etter konkursloven § 142 første ledd nr 1 har flere fellestrekk med nektelse av prøveløslatelse på grunnlag av mistanke om nye straffbare forhold. På denne bakgrunn kan det hevdes at kjennelsen også har rettskildeverdi for vår problemstilling. Kjennelsen er imidlertid blitt sterkt kritisert av Skoghøy. Han peker på at

⁹⁴ Rt 2002 s 1504

⁹⁵ Se nærmere om hvorvidt nektelse er ”penalty” under kapittel 2.4.3.1

⁹⁶ lov om gjeldsforhandling og konkurs av 8. juni 1984 nr 58 (kkl)

⁹⁷ Se nærmere om EMK P7 art4 nr 1 under kapittel 6

”da grunnlaget for karantene etter § 142 første ledd nr 1 er at straffebestemmelser er overtrådt, og formålet med konkurskarantene bl.a. er å effektivisere straffebestemmelsene, er *overtredelsen* etter EMD’s språkbruk per definisjon ”criminal in nature”.⁹⁸

Slike betraktninger er også gjeldende for nektelse på grunnlag av mistanke om nye straffbare handlinger. Skoghøy uttaler videre: ”Etter mitt syn må karantene etter § 142 første ledd nr 1 derimot anses som straff i forhold til EMK”.⁹⁹

En senere kjennelse fra Høyesterett¹⁰⁰ trekker i en annen retning enn konkurskarantene-kjennelsen. Saken gjaldt tvangsinnleggelse i barnevernsinstitusjon på bakgrunn av alvorlig kriminalitet etter barnevernloven § 4-24.¹⁰¹ Vedkommende ble senere tiltalt for de samme forholdene. Spørsmålet for Høyesterett var om straffesaken skulle avvises som rettskraftig avgjort i medhold av EMK P7 art 4. Flertallet fant at tvangsinnleggelsen måtte anses som straff etter EMK art 6, og dermed også som straffeforfølgning etter EMK P7 art 4. Bakgrunnen var først og fremst at vilkåret for tvangsinnleggelse var at vedkommende hadde *begått* straffbare handlinger, og de objektive og subjektive vilkår for straff måtte være oppfylt. Dette medførte at inngrepet måtte anses som ”criminal in nature”. Ved nektelse av prøveløslatelse på grunn av mistanke om straffbare handlinger, er det riktignok ikke et vilkår at det anses bevist at fangen har begått de handlinger som ligger til grunn for nektelsen. Likevel ligger det i tiltalebeslutningen en klar skyldkonstatering, samt at dette uprøvd blir anvendt som grunnlag for ytterligere frihetsberøvelse. Dette følger også av at forvaltningspraksis gjennomgående betegner dette grunnlaget som ”uoppgjorte forhold”.¹⁰² Etter min oppfatning har dermed kjennelsen overføringsverdi til vår problemstilling.

⁹⁸ Skoghøy (2004)

⁹⁹ l.c.

¹⁰⁰ Høyesteretts kjennelse av 22. desember 2003

¹⁰¹ lov om barneverntjenester av 17. juli 1992 nr 100 (bvl)

¹⁰² Wallan (2004)

Endelig har Strandbakken lagt til grunn at handlingens karakter taler for at vi står overfor en ”criminal charge” der nektelsen skyldes ”straffbart forhold som ikke er rettskraftig avgjort”.¹⁰³

Samlet sett, og med særlig vekt på forarbeidene til strgfll § 42, trekker det foreliggende rettskildematerialet i retning av at nektelse av prøveløslatelse på grunn av mistanke om straffbare handlinger innebærer en ”criminal offence” etter EMK art 6.

2.4.2.3 Øvrige grunnlag

De øvrige grunnlag som kan begrunne nektelse av prøveløslatelse, er redegjort for ovenfor under punkt 2.3.4. Når det gjelder såkalte ”gjengangere”, vil nektelsen her skje på bakgrunn av tidligere domfellelser. Det vil i dette tilfellet ikke være tale om noen ny ”criminal offence”. En nektelse med bakgrunn i slike forhold vil derfor neppe være ”criminal charge” etter EMK art 6. Når det gjelder ”unnlatt oppmøte til soning” og ”domfelte motsetter seg prøveløslatelse”, finner jeg det uten videre klart at det ikke her kan være snakk om noen ”criminal offence”.

2.4.2.4 Totalvurdering

Jeg har tidligere nevnt at de enkelte nektelsesgrunnlag ikke er ubetinget avgjørende for hvorvidt nektelse av prøveløslatelse skal skje. Det skal foretas en rimelighetsvurdering,¹⁰⁴ og vedtaket hviler på en totalvurdering. Spørsmålet er om dette har betydning for om handlingen anses som ”criminal”.

Man kan anføre at forvaltningens skjønnsmyndighet på dette punkt fratar handlingens karakter av å være ”criminal”. Fokuset flyttes på sett og vis fra handlingen til spørsmålet om det samlet sett vil være utilrådelig å løslate fangen. I dette ligger at formålet er å virke samfunnsbeskyttende, ikke å straffe. I Rt 2003 s 1221 var dette ett av momentene i vurderingen av om konkurskarantene etter kkl § 142 første ledd, jfr annet ledd, var å anse som en ”criminal charge”. Høyesterett uttaler i denne forbindelse:

¹⁰³ Strandbakken (2003) s 293

”Jeg nevner et særtrekk ved de norske reglene, at karantene ilegges etter en konkret rimelighetsvurdering, jf. § 142 annet ledd. Også dette trekker avgjørelsen i retning av å regulere næringslivet snarere enn å straffe.”¹⁰⁵

Det fremgår av sammenhengen at formålet med tiltaket (karantenen) her blir anvendt som argument mot at overtredelsen er ”criminal”. Men formålet med reaksjonen er ikke relevant i denne sammenheng. Som Skoghøy påpeker er grunnlaget for konkurskarantenen straffbare handlinger, og overtredelsen vil dermed ”etter EMD’s språkbruk per definisjon (være) ”criminal in nature””.¹⁰⁶

Slik jeg har redegjort for ovenfor, følger det av retningslinjene til strgfvl § 42 at grove disiplinærbrudd eller mistanke om straffbare handlinger *i seg selv* kan føre til nektelse av prøveløslatelse. Dette er retningslinjer for kriminalomsorgens skjønnsutøvelse, men forvaltningspraksis viser at disse retningslinjene i realiteten blir fulgt.¹⁰⁷ En konkret *rimelighetsvurdering* ville i tilfelle ha kunnet medføre at resultatet hadde blitt prøveløslatelse. Nektelsen, derimot, fremstår reelt sett som en direkte konsekvens av overtredelsen(e). Kriminalomsorgens formelle skjønnsmyndighet vil ikke føre til at nektelse på grunnlag av mistanke om straffbare handlinger eller grove disiplinærbrudd ikke er ”criminal in nature”.

Spørsmålet er om saken stiller seg annerledes der nektelsen ikke bare knytter seg til forhold som er ”criminal offence”, men også til øvrige momenter.¹⁰⁸ Man kunne anføre at nektelsen dermed ikke først og fremst er en sanksjon overfor ”criminal offences”, men et utslag av en konkret helhetsvurdering. Etter mitt skjønn må man her foreta en nærmere vurdering av realiteten i avgjørelsesgrunnlaget. Der prøveløslatelse ville ha blitt nektet uavhengig av for eksempel disiplinærbruddet, vil det ikke være naturlig å

¹⁰⁴ Se ovenfor under punkt 2.3.4.7

¹⁰⁵ Avsnitt 52

¹⁰⁶ Skoghøy (2004)

¹⁰⁷ Wallan (2004)

¹⁰⁸ Dette var en av hovedproblemstillingene i Frostating lagmannsretts kjennelse av 10. februar 2004. Spørsmålet var her om nektelsen for det vesentlige skjedde på grunnlag av straffbare forhold. Lagmannsretten fant at så var tilfelle, selv om kriminalomsorgen anførte at det forelå andre ”mindre alvorlige disiplinærbrudd”.

tale om en sanksjon for dette forholdet. Men det må kreves at de øvrige faktorer er av en slik karakter at de ville ha ført til nektelse. Rettssikkerhetsmessige hensyn taler for at kriminalomsorgen på dette punkt er klare i sine begrunnelser, slik at det ikke er tvil om hva grunnlaget for nektelsen er. På den annen side må man se hen til realitetene. Det kan ikke være slik at anvendelsen av EMK art 6 er avhengig av hvilken formell begrunnelse kriminalomsorgen gir for sine vedtak. Der disiplinærbruddet er et vesentlig moment i vurderingen, fremstår nektelsen som en sanksjon på dette. Dette gjelder til tross for at andre omstendigheter også taler mot prøveløslatelse. Der det er tvilsomt om øvrige grunnlag vil være tilstrekkelig til å nekte, vil det være naturlig å se på nektelsen som en sanksjon. Hensynet til en effektiv tolkning av EMK art 6 taler for dette. En motsatt tolkning ville gjøre det for enkelt for statene å omgå bestemmelsen.

2.4.2.5 Oppsummering

Det foreliggende rettskildematerialet taler for at det er to typer forhold som kan anses som "criminal offence". Det er disiplinærbrudd som har likhetstrekk med straffbare handlinger og anmeldelse eller tiltalebeslutning for straffbare handlinger. Som nevnt støttes dette av konvensjonspraksis, norske forarbeider, juridisk teori og reelle hensyn. Det formelle motargument, nemlig at nektelse ikke er betegnet som straff etter norsk rett, får som nevnt ingen betydning. Unntak vil kunne tenkes der nektelsen ikke først og fremst er et resultat av "criminal offence", men en totalvurdering av faren for nye straffbare handlinger. Men, som nevnt, det må her stilles krav til klare begrunnelser fra kriminalomsorgens side. Og der "criminal offence" er et vesentlig moment i nektelsesgrunnlaget, vil nektelsen under enhver omstendighet være en sanksjon overfor disse forhold.

For disiplinærbrudd som ikke er straffbare handlinger, er situasjonen mer uklar. Vurderingstemaet blir her hvorvidt handlingens grovhet taler for en behandlingsmåte i samsvar med EMK art 6. De øvrige forholdene som kan føre til nektelse av prøveløslatelse, kan etter mitt skjønn ikke anses som "criminal".

I *Campbell and Fell v UK* og *Ezeh and Connors v UK* var som nevnt ikke handlingens karakter alene avgjørende. Det ble derfor nødvendig for domstolen å drøfte nærmere det neste kriteriet, nemlig "the nature and degree of severity of the penalty". Denne

vurderingen er avgjørende for om de forhold som ikke er "criminal" allikevel kan innebære en "criminal charge". Hvorvidt handlingens karakter alene kan bety at vi står overfor "criminal charge", kommer jeg tilbake til under punkt 2.4.4.

2.4.3 The nature and degree of severity of the penalty

Dette kriteriet inneholder to momenter. For det første må man vurdere om nektelse av prøveløslatelse etter strgjfl § 42 er straff ("the nature of the penalty"). Dersom dette er tilfelle, må man se på hvor streng denne er ("degree of severity of the penalty"). Denne fremgangsmåten anvendte EMD bl.a. i *Campbell and Fell v UK*¹⁰⁹, og vil bli lagt til grunn for det følgende.

2.4.3.1 The nature of the penalty

Problemstillingen i dette avsnittet er hvorvidt nektelse av prøveløslatelse er "penalty" (straff). Det første vi må ta stilling til er om nektelse i det hele tatt er en sanksjon. I denne drøftelsen må vi sondre mellom disiplinærbrudd og mistanke om straffbare handlinger.

Når det gjelder disiplinærbrudd, sier retningslinjene til strgjfl § 42 at "(P)røveløslatelse skal ikke nektes som alternativ til reaksjon (...) på enkeltstående disiplinærbrudd". I *Campbell and Fell v UK* var dette annerledes, i og med at nektelse av prøveløslatelse her var en blant flere *reaksjoner* som myndighetene kunne ilegge ved disiplinærbrudd.

På den annen side er ett av hovedmomentene i utilrådelighetsvurderingen "domfeltes atferd under gjennomføringen". Jeg nevnte tidligere at dette momentet var utslag av hensynet til å stimulere til god atferd, og således innebærer et element av sanksjonering. Videre kan prøveløslatelse nektes for *ett* disiplinærbrudd begått kort tid før tidspunktet for prøveløslatelse. Her tar kriminalomsorgen stilling til om fangen har begått disiplinærbruddet, altså om de subjektive og objektive vilkår for å ilegge reaksjon etter

¹⁰⁹ A 80 (1984) para 72

strgjfl § 40 er oppfylt. Som Eskeland sier: ”dette bidrar til å gi avgjørelsen karakter av straff”.¹¹⁰

Det kan spørres om tilsvarende gjelder ved nektelse av prøveløslatelse på grunnlag av mistanke om straffbare handlinger. Etter konvensjonens system, behandles frihetsberøvelse som følge av mistanke om straffbare handlinger etter EMK art 5 (1) c, jfr 5 (3), som *ikke* er straff. Man kunne derfor anføre at frihetsberøvelse på grunnlag av mistanke om straffbare handlinger ikke har et straffende formål, men kun et forebyggende motiv, og dermed ikke er noen sanksjon. Dette er imidlertid en for bastant slutning. Man må foreta en konkret vurdering av avgjørelsens karakter. Det at man opererer med *mistanke* som beviskrav, er ikke i seg selv et argument mot at vi står overfor en sanksjon. En rekke sanksjoner ilegges for eksempel etter alminnelig sannsynlighetsovervekt, for eksempel reaksjon etter strgjfl § 40. I vårt tilfelle skjer nektelsen på grunnlag av en tiltalebeslutning, som innebærer en sterk skyldkonstatering fra det offentliges side. Som jeg har vært inne på tidligere, vil det være mest naturlig å henføre dette under momentet ”domfeltes atferd under gjennomføringen”.¹¹¹ Særlig gjelder dette der den straffbare handlingen er begått i soningstiden. Dette gir avgjørelsen karakter av å være en sanksjon på uønsket atferd, snarere enn å være et forebyggende tiltak hjemlet i EMK art 5 (1) c. Refererer tiltalen seg til forhold begått før soningen tok til, er ikke sanksjonsmomentet så fremtredende. Dette innebærer at hvorvidt vi står overfor en sanksjon eller ikke i dette tilfellet muligens er avhengig av når handlingen er begått.¹¹²

Et argument mot at nektelse av prøveløslatelse er en sanksjon, og som er felles for de to nektelsesgrunnlagene, er at fangen uansett bare går glipp av et privilegium og ikke mister en rettighet. Fangen har fått utmålt en dom, og når vedkommende soner utover 2/3-tid er fortsatt det rettslige grunnlaget for dette den opprinnelige dommen. Det eneste

¹¹⁰ Eskeland (1989) s. 178-179

¹¹¹ Se ovenfor kapittel 2.3.4.3

¹¹² Se her Strandbakken (2003) s 333-337, hvor han drøfter hvorvidt konkursskarantene etter kkl § 142 første ledd nr 1 er ”criminal charge”. Han relativiserer svaret i forhold til om tiltaket har et forebyggende eller straffende formål. Med dette er han altså ikke avvisende til at også avgjørelser på grunnlag av *mistanke* om straffbare handlinger kan innebære en ”determination of a criminal charge”. Se i denne retning også Skoghøy (2003) s 18

som skjer er at fangen soner hele den dommen han har fått utmålt av domstolene. I et slikt lys er det ikke naturlig å bruke betegnelsen sanksjon.

Dette argumentet ble drøftet av EMD i *Campbell and Fell v UK*. Problemstillingen var hvorvidt det var et krav at fangen måtte tape et gode han hadde rettskrav på for at man skulle stå overfor en ”penalty” i konvensjonens forstand. Flertallet avviste at det avgjørende var om det forelå et rettskrav på prøveløslatelse. De mente det avgjørende var hvorvidt ”the practice of granting remission (.....) creates in him a *legitimate expectation* that he will recover his liberty before the end of his term of imprisonment.”¹¹³ Denne uttalelsen ble senere fulgt opp i *Ezeh & Connors v UK*.¹¹⁴ Det relevante vurderingstema er således ikke om fangen ved nektelse av prøveløslatelse mister noe han har rettskrav på, men hvorvidt fangen har en berettiget forventning om prøveløslatelse. Det kan spørres om denne forventningen knytter seg til det faktiske eller det juridiske. Altså om det avgjørende er hvor mange som faktisk blir innvilget prøveløslatelse, eller i hvilken grad prøveløslatelse juridisk sett er hovedregelen. Slik EMD drøfter spørsmålet i *Campbell- dommen*¹¹⁵, synes det som om begge momenter er relevante, og at spørsmålet altså ikke knytter seg til enten det faktiske eller det juridiske. Et annet spørsmål er hvilken vekt en skal legge på fangens subjektive forventning. Er det forventningen til fanger i alminnelighet eller denne konkrete fangens forventning som er avgjørende? Jeg vil i det følgende se nærmere på disse spørsmålene. Først det rettslige spørsmål i hvilken grad prøveløslatelse er hovedregelen etter strgfjfl § 42.

Ser vi isolert på strgfjfl § 42, fremgår det av første ledd at prøveløslatelse *kan* besluttes. Dette trekker i retning av at avgjørelsen fullt ut er overlatt til forvaltningens skjønn. Men lovgiver har gitt nærmere vilkår for når prøveløslatelse *ikke* skal skje, nemlig der prøveløslatelse vil være ”utilrådelig”, jfr strgfjfl § 42 femte ledd. Dette vilkåret er så vagt at det tilsynelatende stiller kriminalomsorgen fritt i forhold til skjønnsutøvelsen. Men vilkåret er søkt presisert i bestemmelsens femte ledd. Det at det er satt vilkår for når prøveløslatelse ikke skal besluttes, trekker i retning av at prøveløslatelse vil bli gitt, så fremt ingen av disse forholdene foreligger. En naturlig forståelse av ordlyden, sett i

¹¹³ A 80 (1984) para 72, min uthevelse

¹¹⁴ Dom av 15. juli 2002 Para 88

¹¹⁵ Se para 72

sammenheng, er at det skal noe særskilt til før prøveløslatelse kan nektes, nemlig at prøveløslatelse vil være utilrådelig.

Av forarbeidene til straffegjennomføringsloven fremgår det at ordningen med prøveløslatelse etter 2/3 tid slik den var forut for loven skulle videreføres.¹¹⁶ Dette må bety den praksis som ble etablert gjennom rundskriv Fst 4/99. Vedtakelsen av rundskrivet medførte en skjerpelse i forhold til tidligere praksis etter fengselsloven § 35. Det ble lagt vekt på at det ”skal foretas en konkret, individuell vurdering av hvorvidt løslatelse på prøve bør innvilges (..)”. En viktig bakgrunn for innstramningen var at man ikke ønsket at prøveløslatelse skulle skje automatisk. Men det fremgår også av rundskrivet at ”(h)ovedregelen skal fortsatt være prøveløslatelse ved 2/3 tid”. Dette var allerede slått fast i Stortingsmelding nr 27 om kriminalomsorgen, som lå til grunn for rundskrivet. Det står imidlertid ingenting i de øvrige forarbeidene at prøveløslatelse skal være hovedregelen. Heller ikke retningslinjene til strgfvl § 42 sier noe om hva som skal være hovedregel. Men retningslinjene for øvrig er nærmest ren avskrift av rundskriv Fst 4/99.

Justiskomiteen berører til en viss grad spørsmålet i sin innstilling til Odelstinget. Flertallet sier at ”ingen har rett eller krav på løslatelse før tiden”¹¹⁷. Dette kan tolkes dit hen at prøveløslatelse ikke skal være hovedregelen. Men etter fengselsloven § 35 hadde man ikke noe rettslig krav på prøveløslatelse. Dette gjaldt også før innstramningen i 1999. Likevel mente justisdepartementet at prøveløslatelse skulle være hovedregelen, også etter rundskriv Fst 4/99. At ingen har rettskrav på prøveløslatelse er derfor ikke ensbetydende med at prøveløslatelse ikke kan være hovedregelen. Flertallets uttalelse må etter mitt skjønn ses som en reaksjon på at prøveløslatelse tidligere skjedde nærmest automatisk. Vi kan også se flertallets uttalelse i sammenheng med hva mindretallet i Justiskomiteen mente. De uttaler at ”hovedregelen bør være at man skal sone tiden fullt ut”¹¹⁸. De foreslår deretter en regel som gir hjemmel til å innvilge prøveløslatelse dersom særlige grunner taler for det. Dette er nærmest den motsatte regel av den som ble vedtatt.

¹¹⁶ Ot.prp. nr 5 (2000-2001) s. 168

¹¹⁷ Innst. O. nr 60 (2000-2001) s. 28

¹¹⁸ ibid. s 29

Høyesterett har ikke uttrykkelig tatt stilling til hvorvidt prøveløslatelse skal være hovedregelen etter strgfjl § 42. Men i Rt 2000 s 349 ble det uttalt på generelt grunnlag at "(D)et skal noe særskilt til om prøveløslatelse ikke skal innvilges". Saken gjaldt erstatning og oppreisning for uberettiget forfølgning, jfr straffeprosessloven §§ 444 og 446. Høyesteretts kjæremålsutvalg måtte i den forbindelse ta stilling til beregningen av den utmålte straff. Problemstillingen var hvorvidt man i beregningen skulle legge til grunn at prøveløslatelse ville bli innvilget eller ikke. Kjæremålsutvalget kom til at vedkommende ville ha blitt prøveløslatt da "løslatelse på prøve (vil) være det normale" ved dommer på 6 måneder.

Uttalelsene trekker i retning av at prøveløslatelse er hovedregelen, i og med at det må noe særskilt til for å nekte. Det at det må noe særskilt til betyr jo at prøveløslatelse vil bli innvilget, såfremt det ikke finnes holdepunkter for det motsatte. Som nevnt fremgår dette etter mitt syn også av en naturlig tolkning av ordlyden.

Vekten av avgjørelsen må ses i relasjon til at det dreide seg om Høyesteretts kjæremålsutvalg, at den ble avsagt før straffegjennomføringsloven og at vurderingen i noen grad bar preg av å være konkret. Men det forhold at avgjørelsen falt før ikrafttredelsen av straffegjennomføringsloven må ikke tillegges for stor vekt. Som nevnt er strgfjl § 42 i vesentlig grad en videreføring av rettstilstanden på avsigelsestidspunktet.

En annen høyesterettsavgjørelse som berører spørsmålet, er en dom avsagt 6. juni 2003.¹¹⁹ Saken gjaldt straffutmåling. Tiltalte var nektet prøveløslatelse på bakgrunn av at han måtte møte som tiltalt for lagmannsretten. Han ble deretter prøveløslatt en måned før tiden, men tre måneder etter tidspunktet for 2/3 tid. I straffutmålingen la Høyesterett vekt på at han på denne måten hadde "sonet tre måneder utover tidspunktet for en ellers aktuell prøveløslatelse". Videre sies det: "Selv om det etter straffegjennomføringsloven § 42 ikke er noen "automatikk" i prøveløslatelse etter to tredjedels tid, legger jeg noen vekt på dette". Det er vel noe uklart hva man kan slutte fra dette utsagnet. Slik jeg oppfatter det utelukker Høyesterett her at det skal være

¹¹⁹ Rt 2003 s 732

automatikk i spørsmålet om prøveløslatelse. På den annen side legges det til grunn at han ville blitt prøveløslatt dersom han ikke skulle møte for lagmannsretten i straffesaken. Også her legges det, etter min mening, til grunn at prøveløslatelse vil være det normale.

En kjennelse fra Frostating lagmannsrett behandler direkte spørsmålet om nektelse av prøveløslatelse er ”criminal charge”. Til spørsmålet om tiltalte ville ha blitt prøveløslatt uten de straffbare forholdene, uttaler lagmannsretten:

”Selv om kravene til prøveløslatelse er blitt skjerpet ved innføringen av straffegjennomføringsloven og neppe er noen rettighet, har det sannsynligheten for seg at (...) under vanlige omstendigheter ville blitt innvilget prøveløslatelse.”¹²⁰

Juridisk litteratur har også til en viss grad berørt spørsmålet. Strandbakken¹²¹ mener at prøveløslatelse ikke er en rettighet som tilkommer fangene automatisk. Men det at prøveløslatelse ikke tilkommer enhver fange som en automatisk rettighet, er ikke ensbetydende med at prøveløslatelse ikke er hovedregel. Hadde det vært tilfelle, hadde det jo ikke vært nødvendig å operere med særskilte vilkår for at prøveløslatelse *ikke* skal innvilges.

Etter min oppfatning trekker det samlede rettskildebildet i retning av at prøveløslatelse i dag er hovedregelen. Jeg legger da avgjørende vekt på ordlyden i bestemmelsen, samt lovens forarbeider og uttalelser av Høyesterett.

Som nevnt innledningsvis, er ikke en juridisk forventning ensbetydende med at det foreligger en ”legitimate expectation”¹²². Vi skal nå se nærmere på den faktiske forventning.

¹²⁰ Frostating lagmannsretts kjennelse av 10. februar 2004

¹²¹ Strandbakken (2003)

¹²² Men det er klart at det her foregår en vekselvirkning; at prøveløslatelse er hovedregelen, har betydning for fangenes forventning, i og med at de kan regne med prøveløslatelse vil bli gitt så fremt det ikke foreligger forhold som tyder på det motsatte.

Ved soningsstart blir fangen orientert om tidspunktet for prøveløslatelse, sammen med andre relevante tidspunkter under soningen slik som for eksempel tidspunktet for ordinær permisjon. Framtidsplanleggingen blir videre gjort med utgangspunkt i soningen frem til 2/3-tid. At slike momenter er relevante viser EMD's avgjørelse i *Campbell & Fell v UK*, der de referer en uttalelse fra en britisk dom:

"...it was common ground...that a prisoner is credited with his full remission when he arrives in prison after sentence and he is told then his earliest date of release".¹²³

Statistikken omkring hvor mange som faktisk blir løslatt på prøve kan ha betydning for hvilke forventninger fangene har. Eskeland¹²⁴ mener således i forbindelse med den tidligere fengselsloven § 35 at det neppe er "tvilsomt at praksis når det gjelder prøveløslatelse etter fl. § 35 skaper en "legitim forventning" hos de fleste fanger om prøveløslatelse før straffetidens utløp".

Strandbakken¹²⁵ henviser til statistikk som viser at et klart flertall av fangene blir innvilget prøveløslatelse. Det samme gjør Storvik¹²⁶, som sier: "(...) i praksis blir de fleste innsatte som gjennomfører lengre dommer enn 73 dager, prøveløslatt etter to tredjedels gjennomføringstid." Nyeste tilgjengelige statistikk, viser at et klart flertall av fangene innvilges prøveløslatelse.

Samlet sett må det derfor iallfall legges til grunn at fanger *generelt* har en *legitimate expectation* om å bli innvilget prøveløslatelse.

Spørsmålet er imidlertid om forhold før og under soning kan føre til at den enkelte fange ikke har en berettiget forventning og prøveløslatelse. Ett av nektingsgrunnlagene er for eksempel flere tidligere domfellelser. Har en gjenganger dermed mistet en legitim forventning om prøveløslatelse? Tilsvarende problemstilling gjelder der fangen begår disiplinærbrudd i fengselet eller blir tiltalt for nye straffbare forhold. Spørsmålet knytter seg med andre ord til fangens *subjektive* forventning.

¹²³ A 80 (1984) para 72

¹²⁴ Eskeland (1989) s. 179

¹²⁵ Strandbakken, op.cit.

¹²⁶ Storvik (2003)

Vi må her sondre etter hvilke forhold nektelsen er begrunnet i. Der nektelsen skyldes disiplinærbrudd, og dette alene, kan vi ikke si at vedkommende mister en berettiget forventning. Forventningen må knytte seg til situasjonen før disiplinærbruddet blir begått, nærmere bestemt ved soningsstart, jfr for så vidt Campbell & Fell v UK para 72. Skyldes derimot nektelsen forhold som ligger forut for soningen, kan det hevdes at fangen dermed ikke har en forventning om å bli innvilget prøveløslatelse når soningen tar til. Dette gjelder for eksempel dersom fangen under soningen blir tiltalt for forhold som ligger forut for soningsstart, eller han har flere tidligere dommer bak seg. En annen situasjon oppstår der fangen har tidligere dommer og i tillegg begår alvorlige disiplinærbrudd. På den annen side er det ikke gitt at slike forhold automatisk fører til nektelse. Det skal foretas en helhetsvurdering og en rimelighetsvurdering. Det kan tenkes at situasjonen varierer med hensyn til grovheten av forholdet og antallet tidligere dommer, samt hvor nært i tid disse ligger den aktuelle dommen. EMD's praksis gir ikke noe klart svar på problemstillingen, men man kan ikke utelukke at slike forhold vil kunne frata fangen en berettiget forventning om prøveløslatelse. Resultatet skulle dermed bli at vi ikke står overfor noen "penalty" i konvensjonens forstand.

En siste problemstilling vi må ta opp i dette avsnittet dreier seg om de tilfeller der nektelsen skjer på bakgrunn av flere disiplinærbrudd begått under soningen. Ved disse situasjonene vil det jo normalt ha blitt ilagt reaksjon etter strgfjl § 40. Prøveløslatelse skal ikke nektes som et alternativ. Som nevnt under punkt 2.3.4.1 kan unntak tenkes dersom disiplinærbruddet skjer kort tid før løslatelse ellers skulle skje.

Problemstillingen her er hvorvidt det tilfellet at det tidligere er ilagt reaksjon medfører at en eventuell nektelse av prøveløslatelse på grunn av de samme forhold ikke kan anses som en "criminal charge". Tanken er altså at straffen ("penalty") her er reaksjonene etter strgfjl § 40, og ikke nektelsen. Bakgrunnen for et slikt resonnement er at nektelsen her kun har et sikkerhetsmessig aspekt, og at dette fratar avgjørelsen dens karakter av "penalty".

Problemstillingen er ikke berørt i forarbeidene. I Campbell & Fell v UK var klageren ilagt en rekke reaksjoner, herunder nektelse av prøveløslatelse. Domstolen vurderte kun om nektelsen var "criminal charge". Det syntes som om det var uten betydning at det i

tillegg var gitt andre disiplinærforføyninger. Men forholdet er ikke umiddelbart overførbart til norske forhold. Nektelse av prøveløslatelse er etter britisk rett en selvstendig reaksjon, og alle reaksjonene var her gitt samtidig. Etter norsk rett vil jo som nevnt nektelsen i de tilfellene jeg har for øye komme en stund i tid etter handlingene ble begått. På den annen side er nektelsen her en direkte følge av handlingene. Så fremt nektelsen ellers fremstår som tilstrekkelig streng, enten alene eller i kombinasjon med handlingens grovhet, er det etter mitt skjønn likegyldig at han tidligere er ilagt reaksjoner for forholdene.

På bakgrunn av drøftelsen ovenfor, må det legges til grunn at fanger generelt sett har en berettiget forventning om prøveløslatelse. Dette gjelder både juridisk og rent faktisk. Nektelsen vil da være en sanksjon i EMK's forstand. Unntak kan tenkes ut i fra en subjektiv vurdering av fangens forventning, knyttet til handlinger begått før soningen tok til.

Det at vi står overfor en sanksjon, er imidlertid bare ett argument for om nektelsen er en "criminal charge". Det neste vi må se nærmere på, er hvor streng denne sanksjonen er.

2.4.3.2 The degree of severity of the penalty

Selv om selve nektelsen kan karakteriseres som en "penalty", kreves det etter EMD's praksis at denne er av en viss strenghet ("the severity of the penalty"). I *Campbell & Fell v UK* var resttiden "substantially longer than would otherwise have been the case". Senere praksis tyder på at langt mildere straffer har vært ansett som strenge. I *Ezeh & Connors v UK* ble henholdsvis 40 og 7 dager ansett tilstrekkelig.

Nektelse av prøveløslatelse kan medføre en tilleggssoning utover tidspunktet for prøveløslatelse med inntil 7 år. Det kan her innvendes at det er sjelden at vedkommende som er nektet prøveløslatelse, sitter tiden ut. Vurdering av prøveløslatelse skal etter en nektelse foretas fortløpende, og senest innen 3 måneder etter at prøveløslatelse ellers kunne skje, jfr retningslinjene. Men etter EMD's praksis skal ikke den faktiske frihetsberøvelsen alene legges til grunn. I *Ezeh & Connors v UK* ble det uttalt at

utgangspunktet for vurderingen må være den straffen som *kunne* ilegges; "the risk is determined by reference to the maximum potential penalty applicable to the charges".¹²⁷

Det må således være på det rene at resttiden etter norsk rett kan komme opp i betydelig lengde, målt etter hva fangen risikerer. I og med at vi her også står overfor frihetsberøvelse, taler dette for at avgjørelsen vil være streng i konvensjonens forstand. Men det er ikke gitt at lengden på resttiden i seg selv er avgjørende for om reaksjonen er streng. I neste avsnitt skal vi ta opp spørsmålet om handlingens karakter eller andre forhold kan føre til et annet resultat.

2.4.4 Helhetsvurdering

Det er altså på det rene at nektelse av prøveløslatelse etter strgf. § 42 ikke er ansett som straff etter intern norsk rett. Når det gjelder de to øvrige kriteriene, er det grunn til å hevde at nektelse i en del tilfeller vil bli ansett som "criminal charge" etter EMK art 6. De klare tilfellene er nektelse på bakgrunn av disiplinærbrudd som samtidig er straffbart eller har sterke likhetstrekk med straffbare handlinger, samt mistanke om straffbare forhold som ennå ikke er rettskraftig pådømt. Her taler både handlingens karakter og det at fangen risikerer frihetsberøvelse for at vi står overfor en "criminal charge".

For øvrige disiplinærbrudd taler ikke handlingens karakter for at vi står overfor en "criminal offence". Spørsmålet er imidlertid om reaksjonens strenghet kan tenkes å føre til et annet resultat. EMD har gjentatte ganger anført at det er tilstrekkelig at ett av Engel-kriteriene er oppfylt.¹²⁸ I *Ezeh & Connors v UK* uttaler EMDs storkammer følgende:

"for Article 6 to be held applicable, it suffices that the offence in question is by its nature to be regarded as "criminal" from the point of view of the Convention, or that the person concerned is liable to a sanction which, by its nature and degree of severity, belongs in general to the "criminal" sphere (...)"¹²⁹

¹²⁷ Para 87

¹²⁸ Se bl.a. *Lutz v Tyskland* (A 123 A (1987))

¹²⁹ para 58

Nektelse av prøveløslatelse vil være frihetsberøvelse. Man kunne tenke seg at dette *alltid* vil innebære en streng reaksjon etter EMK art 6, slik at bestemmelsen av den grunn kom til anvendelse. Forutsetningen er selvsagt at nektelsen anses som en avgjørelse av en strafferettslig anklage ("determination"). Ser vi nærmere på de relevante rettskildefaktorene, er det imidlertid mulig at et slikt standpunkt ikke ubetinget kan opprettholdes.

I *Ezeh and Connors v UK* var som nevnt en resttid på 7 dager ansett som en streng reaksjon. Bakgrunnen for reaksjonen var imidlertid handlinger som hadde likhetstrekk med straffbare handlinger. Strandbakken¹³⁰ synes å mene at dette spilte inn ved domstolens avgjørelse, og at dette kan være bakgrunnen for at domstolen ikke la spesielt vekt på resttidens lengde. Dette synes også rimelig ut i fra en tolkning av dommen. Domstolen opererte her med et presumsjonsprinsipp:

"There belong to the criminal sphere deprivations of liberty liable to be imposed as a punishment or deterrent, "except those which by their nature, duration or manner of execution cannot be appreciably detrimental""¹³¹.

Det kan ut i fra dette synes som om det kreves særlige grunner for at en frihetsberøvelse ikke skal anses som en streng reaksjon. EMD la i *Ezeh-* dommen ingen avgjørende vekt på reaksjonens strenghet, men anvendte begge kriteriene kumulativt, jfr para 100.¹³² Dette tyder på at det i denne saken ikke forelå slike særlige forhold som fratok reaksjonen dens karakter av å være "penalty". Dersom handlingene ikke hadde hatt likhetstrekk med straffbare handlinger, kan det tenkes at resultatet hadde vært et annet, og at frihetsberøvelsen dermed ikke hadde vært tilstrekkelig til å anse nektelsen som en "determination of a criminal charge".

¹³⁰ Strandbakken (2003) s 292

¹³¹ Para 95. Domstolen henviste her til uttalelse i *Engel mfl. v Nederland* para 82 og *Öztürk v Tyskland* para 53.

¹³² At det er adgang til en slik kumulativ anvendelse av vilkårene, følger av en rekke dommer fra EMD, bl.a. *Bendenoun v Frankrike* (A 284 (1994), para 47): "None of them is decisive on its own, but taken together and cumulatively they made the "charge" in issue a "criminal" one within the meaning of Article 6 §1)"

Også formålet bak reaksjonen kan ha innvirkning på hvor streng reaksjon som kreves. Dette illustreres av en uttalelse fra Høyesterett i Rt 2003 s 1100. Saken gjaldt spørsmålet om en reaksjon etter strgfjl § 40 innebærer en straffeforfølgning etter tileggsprotokoll 7 art 4. Høyesterett uttaler her på generelt grunnlag at ”ingen av de disiplinærreaksjoner som straffegjennomføringsloven § 40 gir adgang til å anvende, (kan) anses som straff i forhold til EMK” (54). Høyesterett henviser til EMDs praksis og utleder fra dette at

”for at en disiplinærreaksjon med et slikt formål skal anses som straff i forhold til EMK, må den etter EMD’s praksis være av en forholdsvis sterkt inngripende karakter, og (...) i praksis bestå i frihetsberøvelse”¹³³

Med ”et slikt formål” mener Høyesterett at reaksjoner etter strgfjl § 40 hovedsakelig har som formål å opprettholde ro, orden og sikkerhet, og ikke primært et pønalt formål.¹³⁴ Dersom formålet i større grad hadde hatt pønale innslag, kunne det tenkes at resultatet hadde blitt et annet.

Mye tyder altså på at graden av strenghet etter EMD’s praksis ikke kan vurderes isolert. Ved helt kortvarige frihetsberøvelser får handlingens karakter større betydning.¹³⁵ Ved lengre frihetsberøvelser synes det imidlertid som om handlingens karakter og reaksjonens formål får mindre betydning. Der nektelsen skyldes mindre grove disiplinærbrudd, og hvor resttiden er relativt kort, er det avhengig av en helhetsvurdering av Engel-kriteriene om EMK art 6 kommer til anvendelse. Dette er i tråd med formålet om et autonomt straffebegrep i EMK; statene skal ikke kunne komme utenom rettssikkerhetsgarantiene ved frihetsberøvelse ved å rubrisere handlingen og reaksjonen som disiplinær. Men de generelle uttalelsene EMD har kommet med, innebærer at det *kan* være tilstrekkelig at ett av kriteriene er oppfylt. Forutsetningen er

¹³³ avsnitt 53

¹³⁴ Etter mitt skjønn er Høyesterett her for unyansert. Formålet bak reaksjon etter strgfjl § 40 varierer etter hvilken type reaksjon det er aktuelt å ilegge. For eksempel vil ikke tap av permisjon etter strgfjl § 40 e bidra til å opprettholde ro, orden og sikkerhet i fengselet. Formålet er først og fremst å virke avskrekkende og dermed oppdragende. Dette er formål med sterke likhetstrekk til formål bak straff.

¹³⁵ Se her Aall (1995) som uttaler: ”Men også mindre alvorlige reaksjoner (enn risiko for en reaksjon på en måneds varighet) vil etter omstendighetene kunne falle innenfor artikkel 6’ anvendelsesområde fordi *forholdets karakter eller alvor* tilsier dette.” (s 448)

da enten at resttiden er lang eller at handlingene er grove og/eller har sterke likhetstrekk med straffbare handlinger.

2.4.5 "Determination"

Rettighetene i EMK art 6 får bare anvendelse på avgjørelser som tar stilling til den strafferettslige anklage ("determination"). Når det ilegges en "penalty" på grunnlag av en "criminal offence", vil dette også i de fleste tilfeller innebære en "determination". I forhold til vår problemstilling finner jeg dette uten videre klart hva angår nektelse av prøveløslatelse for grove disiplinærbrudd, i og med at kriminalomsorgen her tar stilling til straffbarhetsbetingelsene samt straffutmålingen.¹³⁶

Når det gjelder nektelse på grunnlag av mistanke om straffbare handlinger, foretar ikke kriminalomsorgen noen selvstendig vurdering av om fangen har begått de handlinger det er tale om. Her er det påtalemyndigheten som har utferdiget en tiltalebeslutning, og dermed vurdert om straffbarhetsvilkårene er oppfylt. Det kan hevdes at nektelsen derfor ikke tar stilling til straffekravet. På den annen side er det kriminalomsorgen som har den fulle kompetanse med hensyn til hvorvidt prøveløslatelse skal nektes. Det at de bygger på bevis fremlagt av påtalemyndigheten, undergraver ikke denne kompetansen. Når det etter retningslinjene må foreligge en tiltalebeslutning, er det først og fremst for at kriminalomsorgen skal få et best mulig grunnlag for sin avgjørelse. Kriminalomsorgen har svært liten mulighet til å foreta en selvstendig prøving av hvorvidt fangen har begått handlingen(e) eller ikke. Men det er under enhver omstendighet kriminalomsorgen som *må* vurdere om dette vil gjøre prøveløslatelse utilrådelig. Slik sett må de ta stilling til om det foreligger en sterk nok mistanke om at fangen har begått de(n) straffbare handling(ene), og om prøveløslatelse skal nektes. I dette ligger det etter min mening en klar "determination of a criminal charge".

2.4.6 "Charged"

Både handlingens karakter og reaksjonens strenghet taler for at nektelse på grunnlag av grove disiplinærbrudd og mistanke om straffbare handlinger er "a determination of a

¹³⁶ Se ovenfor kapittel 2.3.4.1

criminal charge”. Problemstillingen her er når siktelsen i tilfelle foreligger. Etter konvensjonspraksis er en person siktet når han har mottatt en offisiell underretning om at han er anklaget for å ha begått en straffbar handling, eventuelt at det er foretatt tiltak mot ham som inneholder tilsvarende implikasjoner.¹³⁷ Siktelse i konvensjonens forstand kan dermed foreligge enten ved at det foretas undersøkelser med henblikk på å avdekke et disiplinærbrudd¹³⁸, eller at det blir iverksatt etterforskning mot ham fra påtalemyndighetens side, alternativt at han får underretning om at han er siktet, jfr strprl § 82 første ledd første alternativ. Det følger av dette at siktelsen kan foreligge allerede før man søker om prøveløslatelse.

2.5 Konklusjon

Det foreligger hittil ingen avgjørende rettspraksis som tar stilling til hvorvidt nektelse av prøveløslatelse etter strgjfl § 42 femte ledd er ”criminal charge”.¹³⁹ Gjennomgangen av de relevante rettskildene, viser at nektelse i visse tilfeller må karakteriseres som ”criminal charge”. De klare tilfellene er mistanke om straffbare forhold, samt grove disiplinærbrudd som har sterke likhetstrekk med straffbare handlinger.

Men drøftelsen ovenfor viser at Justisdepartementets oppfatning av hvilke forhold som faller inn under ”criminal charge”- begrepet er for snever. De tar ikke høyde for at reaksjonens strenghet i seg selv kan føre til at også handlinger som ikke er straffbare etter norsk rett og mindre grove disiplinærbrudd kan anses som ”criminal charge”. Dette innebærer at en prosedyre som tilfredsstiller kravene etter EMK art 6 må sikres for flere saker enn det forarbeidene legger opp til.¹⁴⁰

¹³⁷ Se ovenfor under kapittel 2.2

¹³⁸ Ved mistanke om disiplinærbrudd som kan føre til reaksjon, skal det bl.a. tas avhør av fangen, jfr strgjfl § 40, jfr forskriften § 3-38, jfr retningslinjene punkt 3.43

¹³⁹ I Frostating lagmannsretts kjennelse av 10. februar 2004 kom imidlertid lagmannsretten til at nektelse av prøveløslatelse på bakgrunn av innførsel av narkotika til fengselet stengte for senere straffesak om det samme forhold. Som vi skal se i kapittel 6, ligger det i dette at nektelse av prøveløslatelse ble ansett som ”criminal charge” i dette tilfellet.

¹⁴⁰ Hvorvidt også EMK P7 art 4 nr 1 får anvendelse, kommer jeg tilbake til i kapittel 6.

2.6 Kort om den videre fremstilling

Vi har ovenfor sett at nektelse av prøveløslatelse i visse tilfeller må anses å innebære en ”criminal charge”. Konsekvensen av dette er altså at rettighetene i EMK art 6 kommer til anvendelse.

I de neste kapitlene skal vi se nærmere på om praktiseringen av strgjfl § 42 i noen grad strider mot enkelte av disse rettighetene. Jeg forutsetter for enkelthets skyld at vedtaket i det vesentlige er begrunnet i enten grove disiplinærbrudd eller mistanke om straffbare handlinger, eventuelt en kombinasjon av disse.¹⁴¹ Å gå igjennom alle bestemmelsene i EMK art 6 ville føre alt for langt. Jeg er henvist til å behandle noen få; ”access to court” (kapittel 3), retten til gratis juridisk bistand (kapittel 4) og forholdet til uskyldspresumsjonen (kapittel 5). I tillegg vil jeg se nærmere på forholdet til forbudet mot dobbelt straffeforfølgning i P7 art 4 nr 1 (kapittel 6).¹⁴²

3 Access to court

En sentral rettsikkerhetsgaranti er retten til ”tribunal” som skal avgjøre straffesaken. Vi kan si at dette innebærer en formell adgang til domstolene. Jeg har imidlertid valgt å ikke drøfte denne rettigheten nærmere. Selv om det nok må sies å være klart at Kriminalomsorgens organer ikke kan sies å være ”tribunal”, kan saken bringes inn for de ordinære domstoler etter tvistemålsloven § 435¹⁴³. Det følger av forarbeidene til straffegjennomføringsloven at domstolene i tilfelle må foreta en ”mer intensiv prøving av kriminalomsorgens nektelsesvedtak slik at vedtaket blir gjenstand for full domstolskontroll i relasjon til bestemmelsen i EMK art 6.”¹⁴⁴ Jeg forutsetter at denne klare lovgivervilje vil bli fulgt, og at retten til ”tribunal” formelt sett vil være oppfylt.

¹⁴¹ Hvorvidt nektelse kan være ”criminal charge” der vedtaket er begrunnet også i andre omstendigheter, er behandlet under kapittel 2.4.2.4

¹⁴² Om bakgrunnen for avgrensningen, se kapittel 1.2

¹⁴³ lov om rettergangsmåten for tvistemål av 13. august 1915 nr 6 (tvml)

¹⁴⁴ Ot.prp. nr 5 (2000-2001) s 113

Etter EMK art 6 har man ikke bare krav på en formell adgang til domstolene. Konvensjonspraksis har slått fast denne adgangen må være reell. Dette har blitt formulert som et krav om "access to court".¹⁴⁵

I det følgende vil jeg se nærmere på hvorvidt fanger har en reell adgang til domstolene ved nektelse av prøveløslatelse etter strgfvl § 42. Bakgrunnen for denne problemstillingen er først og fremst at svært få fengselssaker kommer opp for domstolene. Jeg kan ikke se at det så langt har vært en eneste sak for Høyesterett om gyldigheten av et vedtak om nektelse av prøveløslatelse, verken etter den tidligere fengselslov § 35 eller strgfvl § 42. Dette kan selvsagt ha flere årsaker. Jeg vil imidlertid i det følgende se på hvorvidt noen av årsakene kan innebære brudd på EMK art 6. Men først skal vi se nærmere på rettighetens innhold og omfang.

3.1 Generelt om bestemmelsen

Kravet om "access to court" fremgår ikke av ordlyden i EMK art 6. Etter ordlyden kan det synes som om EMK bare verner prosessuelle rettigheter når en sak er kommet for domstolene, og altså ikke selve retten til å få brakt en sak for domstolene. Den første dommen som tok stilling til hvorvidt en slik rettighet kunne utledes av bestemmelsen, var *Golder v UK*¹⁴⁶. Saken gjaldt en innsatt som ønsket å anlegge sivil sak mot en fengselsbetjent. Men han fikk ikke brevveksle med sin advokat for å vurdere saksanlegg. Domstolen kom, dels etter en tolkning av ordlyden og dels ut i fra formålet med EMK art 6, til at en rett til "access to court" var en del av bestemmelsen. Begrunnelsen var at konvensjonsstatene ellers kunne

"without acting in breach of that text, do away with its courts, or take away their jurisdiction to determine certain classes of civil actions and entrust it to organs dependent on the Government".

Dette ville kunne føre til "serious consequences which are repugnant to the aforementioned principles and which the Court cannot overlook". EMD avslutter drøftelsen slik: "The fair, public and expeditious characteristics of judicial proceedings

¹⁴⁵ Se den grunnleggende dommen om "access to court", *Golder v UK* A 18

¹⁴⁶ *ibid.*

are of no value at all if there are no judicial proceedings.”¹⁴⁷ EMD anvender her en effektiv tolkingsmetode, og kommer til et resultat som er egnet til å styrke de rettssikkerhetsgarantiene som fremgår uttrykkelig av ordlyden av EMK art 6

I denne saken fant domstolen krenkelse på dette punkt, da det at fangen ble nektet kontakt med advokaten i praksis forhindret ham fra å anlegge sak.

”Access to court” gjelder ikke bare i sivile saker. I *Deweere v Belgia* uttales det at retten også omfatter straffesaker.¹⁴⁸ Det må videre legges til grunn at det for disse sakene gjelder et strengt krav om adgang til domstolene.¹⁴⁹ Men i og med at det i konvensjonsstatene er påtalemyndigheten som bringer saken for domstolene, er det først og fremst i sivile saker spørsmålet har kommet opp for EMD.

Allerede *Golder-saken* la til grunn at rent faktiske hindringer kan innebære krenkelse av konvensjonen. Dette ble gjentatt i *Airey v Irland*.¹⁵⁰ Her ble klageren nektet fri rettshjelp i en separasjonssak. Klageren hadde ikke selv midler til å anlegge sak, og domstolsbehandling var en forutsetning for separasjon. Domstolen fant at dette medførte at hennes konvensjonsfestede adgang til domstolen var krenket.

Det er imidlertid på det rene at statene har visse muligheter til å gjøre begrensninger i adgangen til domstolene, både rettslig og faktisk. *Golder-saken* taler om ”implied limitations”.¹⁵¹ I norsk sivilprosess opererer vi for eksempel med visse prosessforutsetninger, noe som i utgangspunktet må være greit i forhold til EMK¹⁵². Men det er altså grenser for hvor langt statene kan gå, og det er denne grensedragningen som er det problematiske. EMD har slått fast at et hovedvilkår for at begrensningen skal

¹⁴⁷ Para 35

¹⁴⁸ A 35 (1980) para 48

¹⁴⁹ Se her bl.a. NOU 2003: 15 s 101

¹⁵⁰ A 32 (1979)

¹⁵¹ Para 37-40

¹⁵² For et norsk tilfelle der ”access to court” imidlertid ble påberopt, og lagt vekt på, se Rt 1999 s 961. Saken gjaldt krav om sikkerhetsstillelse for saksomkostningene etter tvml § 182. Se om dette Skoghøy (2001), som mener at ”(S)om den store hovedregel vil et krav om sikkerhetsstillelse ikke være i strid med retten til domstolsbehandling” (s 141)

stå seg, er at den ikke griper inn i rettighetens kjerneområde ("the very essence of the right"). Videre må de ivareta et legitimt formål, og det må være forholdsmessighet mellom mål og middel. Disse vilkårene fremgår av Golder-saken og senere konvensjonspraksis. Jeg går ikke nærmere inn på grensedragningen her¹⁵³.

3.2 Nektelse av prøveløslatelse og access to court

3.2.1 Innledning

Det er to måter å få behandlet et vedtak etter strgjfl § 42 for domstolene på. Den ene er gjennom et søksmål etter tvml § 435. Spørsmålet vil da dreie seg om gyldigheten av vedtaket, nærmere bestemt om det foreligger saksbehandlingsfeil, materielle kompetansemangler, myndighetsmisbruk eller om vedtaket strider mot folkerettslige forpliktelser. Som nevnt i kapittel 3.1, vil domstolene her ha full kompetanse. I dette tilfellet er det den vedtaket går ut over som har søksmålsinitiativet.

Den andre måten er i forbindelse med en senere straffesak. Vi skal senere se på hvorvidt nektelse av prøveløslatelse på grunnlag av (mistanke om) straffbare handlinger har negativ materiell rettskraft etter P7 art 4 nr 1. Her tar ikke domstolene stilling til gyldigheten av nektelsesvedtaket, men kun til spørsmålet om straffesaken skal avvises. I denne situasjonen er det påtalemyndigheten som utferdiger tiltalebeslutning og således bringer saken for domstolene.

Reell adgang til domstolene ("access to court") refererer seg til en behandling av realitetene i saken, og domstolen må ha "full competence". I det følgende vil jeg derfor vurdere denne rettigheten i forhold til domstolsadgangen etter tvml § 435.

I og med at det er den reelle domstolsadgangen vi har for øye, må vi se nærmere på om det foreligger noen hindringer som medfører at adgangen ikke er konvensjonsmessig. Dette kan være av formell art, så som prosessuelle hindringer. Men det kan også dreie seg om mer uformelle hindringer. I det følgende vil jeg se nærmere på to

¹⁵³ For en norsk redegjørelse om spørsmålet, se Møse (2002) s 313-318. Se ellers Harris, O'Boyle og

problemstillinger. For det første om noen av de prosessforutsetninger som foreligger er konvensjonsstridige (kapittel 3.2.2). For det andre om det at fangen har søksmålsbyrden medfører at den reelle adgangen til domstolene ikke oppfyller kravet til "access to court" (kapittel 3.2.3).

3.2.2 Prosessuelle hindringer

Det er altså på det rene at man kan bringe et vedtak om nektelse av prøveløslatelse etter strgjfl § 42 inn for de ordinære domstoler. Men visse prosessforutsetninger må, her som ellers ved sivile søksmål, være oppfylt. Det er klart at et søksmål om gyldigheten av en nektelse etter strgjfl § 42 er et fastsettelsessøksmål om "et rettsforhold eller en rettighet er til eller ikke er til", jfr tvml § 54. Det er videre klart at klageren har rettslig interesse etter tvml § 54. Søksmålet vil videre rette seg mot kriminalomsorgen, enten det er lokalt, regionalt eller sentralt nivå. Alle disse organene er statlige organer, og søksmålet må derfor rettes mot staten. Det er klart at dette oppfyller vilkåret i tvml § 435 ("staten"). Jeg kan heller ikke se at de øvrige prosessforutsetningene skaper noen problemer i forhold til EMK art 6.

3.2.3 Særlig om søksmålsbyrde og avkall på domstolsbehandling

I saker om nektelse av prøveløslatelse etter strgjfl § 42 er det fangen som har søksmålsbyrden. Dersom han ønsker å få prøvd gyldigheten av vedtaket for domstolene, må han selv ta initiativ til dette. Dette følger av alminnelige forvaltningsrettslige og sivilprosessuelle regler, herunder tvml § 435. Dersom fangen ikke bringer saken for domstolene, skjer det heller ingen domstolskontroll av vedtaket. I saker om "civil rights and obligations" stilles det ikke krav til at det offentlige har ansvaret for å reise sak for domstolene, det er tilstrekkelig at selve tilgangen til domstolene er ivaretatt. Men her er det tale om en sak om "criminal charge". Dersom ikke fangen tar søksmålsinitiativ, kan man se dette som et avkall på domstolsbehandling. Spørsmålet er om et slikt avkall kan anses å være i samsvar med "access to court" i saker om "criminal charge" etter EMK art 6 (1). Dette reiser to problemstillinger. For det første om det i det hele tatt er adgang

til å gi avkall på domstolsbehandling i slike saker. Dersom det er slik adgang, blir neste spørsmål om et slikt avkall er gyldig.

Hvorvidt det er adgang til å gi avkall på domstolsbehandling, følger ikke av konvensjonens bestemmelser. Ordlyden i EMK art 6 (1), "entitled to", peker i retning av at reglene ikke er absolutte. Konvensjonspraksis har fulgt dette opp i flere dommer på generelt grunnlag. Forutsetningen er at dette skjer på en "unequivocal manner".¹⁵⁴ Van Dijk og van Hoof mener at

"the right of access to court laid down in Article 6 is also not an absolute right insofar as it may be waived, provided that this has been done unambiguously."¹⁵⁵

Aall uttaler at

"heller ikke andre tolkningsfaktorer, som fortalen eller forarbeidene, tyder på at meningen har vært at artikkel 6 skal tolkes slik at avkall på rettighetene ikke kan gis".¹⁵⁶

Generelt sett må det derfor legges til grunn at retten til "access to court" kan fravikes så fremt det er gitt et gyldig avkall. For sivile saker må nok dette standpunktet som hovedregel være riktig. I straffesaker er derimot siktede utsatt for et stort inngrep fra statens side. Spørsmålet er om adgangen til å gi avkall må undergis begrensninger i slike saker.

Konvensjonspraksis har slått fast at bøter kan gis som forelegg, så fremt det er adgang for siktede til å bringe saken for domstolene, jfr *Deweere v Belgia*.¹⁵⁷ Dette betyr at dersom forelegget vedtas, så foreligger det reelt sett et avkall på domstolsbehandling som er greit i forhold til EMK art 6 (1).

Vi har sett at nektelse av prøveløslatelse innebærer frihetsberøvelse. I den grad nektelsen kan anses som en sak om "criminal charge", er spørsmålet om "siktede" kan gi avkall på domstolsbehandling av saken. Som nevnt taler ordlyden i EMK art 6 (1),

¹⁵⁴ Se *Colozza v Italia* A 89 (1985) para 28 med videre henvisninger

¹⁵⁵ van Dijk og van Hoof (1998) s 427

¹⁵⁶ Aall (1995) s 487

¹⁵⁷ A 35 (1980) para 49

konvensjonspraksis og juridisk teori mot at rettighetene i bestemmelsen er absolutte. Utover dette kan jeg ikke se at EMD har tatt stilling til problemstillingen. På den annen side taler sterke rettssikkerhetsmessige hensyn for at saker hvor frihetsberøvelse risikeres bør avgjøres av domstolene. Aall mener at man også må se hen til EMK art 5 (1) a ved tolkningen. Av denne bestemmelsen fremgår at frihetsberøvelse kun kan illegges *etter dom*. Aall slutter fra dette at ”helt avkall på artikkel 6-rettigheter er derfor utelukket i et slikt tilfelle. Saken må behandles ved, og avgjøres av, en domstol.”¹⁵⁸ En slik tolkning skulle dermed føre til at sak om nektelse av prøveløslatelse er indispositiv, i den forstand at avkall på domstolsprøvelse ikke kan skje. Dette må bety at i de tilfeller hvor fangen ikke har anledning til å bringe saken inn for domstolene, enten på grunn av økonomi og/ eller manglende juridisk kunnskap, så må myndighetene legge til rette for at domstolsbehandling kan skje.

Spørsmålet er om domskravet i EMK art 5 (1) a kan gi et tolkningsbidrag til spørsmålet om avkall på domstolsbehandling kan skje etter EMK art 6 (1).

Bestemmelsene har ulikt anvendelsesområde, og skal ivareta ulike formål. Etter EMK art 5 (1) a er det selve frihetsberøvelsen som krever domstolsbehandling, uavhengig av om frihetsberøvelsen skjer som en konsekvens av en straffesiktelse. Bakgrunnen for EMK art 6 er å sikre en rettferdig rettergang når vedkommende er siktet for en straffbar handling. Dette betyr at det kan foreligge krenkelse av saksbehandlingsreglene i EMK art 6, selv om selve frihetsberøvelsen har hjemmel i EMK art 5 (1) a.¹⁵⁹ Dette taler mot å gi EMK art 5 (1) betydning for tolkningen av EMK art 6 (1). På den annen side har EMD gjentatte ganger slått fast at konvensjonen må ses som en helhet og at begrepene

¹⁵⁸ Aall (1995) s 488

¹⁵⁹ Etter mitt skjønn er det ikke tvilsomt at ytterligere frihetsberøvelse ved nektelse av prøveløslatelse har rettslig grunnlag i den opprinnelige domfellelsen etter EMK art 5 (1) a. Problemstillingen her er imidlertid om fangen har krav på domstolsbehandling som tilfredsstiller kravene i EMK art 6 av den nye siktelsen. Dette illustrerer at bestemmelsene har ulikt anvendelsesområde. Se også *Deweert v Belgia* A 35 (1980). Under henvisning til at dødsstraff ikke er forbudt etter konvensjonen mens frihetsberøvelse for en kort periode kan være ”unlawful etter artikkel 5 (1) uttaler domstolen: ”The fact that it is possible to inflict on a person one of the first- mentioned forms of treatment cannot authorise his being subjected to one of the second- mentioned, even if he agrees or acquiesces”, para 53

er konvensjonskonforme.¹⁶⁰ Å oppstille et absolutt domskrav ved frihetsberøvelse etter EMK art 5 (1) a, men ikke ved frihetsberøvelse som følge av en strafferettslig siktelse, virker dessuten inkonsekvent og kan ha uheldige konsekvenser, for eksempel hvis man påberoper seg EMK art 6 uten å anføre EMK art 5 (1) a.

Etter dette er jeg enig med Aall at EMK art 5 (1) a gir ”et avgjørende tolkningsbidrag”¹⁶¹ for hvorvidt man skal akseptere et avkall på artikkel 6- rettighetene, særlig sett hen til de sterke reelle hensyn som gjør seg gjeldende. Det er mulig man her må se hen til hvor lang frihetsberøvelse siktede risikerer. Dette må imidlertid avgjøres konkret. Generelt sett risikerer fanger ytterligere frihetsberøvelse med minimum 14 dager¹⁶², og det er mulig man allerede her har passert grensen for hva som kan aksepteres.

Under forutsetning av at man ved saker om nektelse av prøveløslatelse etter strgfjl § 42 kan gi avkall på domstolsbehandling etter EMK art 6 (1), er spørsmålet om et slikt avkall er gyldig. Dette er selvsagt vanskelig å vurdere på generelt grunnlag. Visse generell betraktninger av betydning for vurderingen skal jeg imidlertid komme med.

Gyldighetsvurderingen må skje på bakgrunn av avtalerettslige regler. Som nevnt må avkallet ”be established in an unequivocal manner”. I denne sammenheng er det viktig at ”det (avkallet) ikke er avgitt under tvang eller annet press”.¹⁶³ Et viktig spørsmål er om det i det hele tatt foreligger noe reelt valg.¹⁶⁴ Som vi skal se senere, har fanger gjennomgående dårlig råd. Et søksmål koster til dels store beløp. Det blir heller ikke gitt fri rettshjelp i slike saker, samt at det ikke gis veiledning fra kriminalomsorgen ved et slikt søksmål. Riktignok er det ikke grunnlag for å hevde at fanger blir ”presset” til å ikke anlegge søksmål. Men ofte blir ikke fangene informert om at de kan bringe saken inn for domstolene.¹⁶⁵ På denne bakgrunn skjer det svært sjelden at fangen uttrykkelig sier at han ikke vil begjære søksmål. Avkallet skjer dermed for en stor del

¹⁶⁰ Se bl.a. *Göktan v Frankrike*

¹⁶¹ Aall (1995) s 488

¹⁶² Se ovenfor under kapittel 2.3.3.1

¹⁶³ Aall (1995) s 494

¹⁶⁴ Jfr *Deweere v Belgia* A 35 (1980)

¹⁶⁵ Det er kun stilt krav om at det opplyses om mulighetene for å klage til overordnet forvaltningsorgan, jfr strgfjl § 7, jfr forvaltningsloven § 27 tredje ledd.

stilltiende, men altså kanskje uten at han overhode var klar over søksmålsadgangen.¹⁶⁶ Disse momentene taler mot at avkallet er gitt ”in an unequivocal manner”.

3.2.4 Konklusjon og forslag til endringer

Vedtak om nektelse av prøveløslatelse etter strgfjl § 42 kan bringes inn for domstolene etter tvml § 435. Eventuelle prosessforutsetninger knyttet til et slikt søksmål må antas ikke å skape problemer i forhold til ”access to court” etter EMK art 6 (1). Fangen har imidlertid søksmålsbyrden ved slike saker. Dersom søksmål ikke blir anlagt, kan man se på dette som et avkall på domstolsbehandling i forhold til kravet om ”access to court”. Ordlyden i EMK art 6 (1) gir ikke noen absolutt rett til domstolsbehandling ved ”a determination of a criminal charge” hvor siktede risikerer frihetsberøvelse, jfr ”entitled to”. Sterke rettssikkerhetsmessige hensyn, samt EMK art 5 (1) a, trekker derimot i retning av at avkall på domstolsbehandling i saker etter strgfjl § 42 ikke er konvensjonsmessig. Under enhver omstendighet kan man spørre om ikke avkallet vil være ugyldig.

Sett på bakgrunn av dette, bør norske myndigheter i større grad enn i dag legge til rette for at også den reelle adgangen til domstolene i disse sakene er ivaretatt. Dette kan ikke skje innenfor rammen av gjeldende regelverk. En mulighet er å overføre saker om nektelse av prøveløslatelse som samtidig innebærer ”criminal charge” til påtalemyndigheten. Dette kan skje ved at kriminalomsorgen anmelder fangen for forholdene det er aktuelt å nekte for. Konsekvensen må i så fall bli at nektelse ikke skjer, forutsatt at ingen andre nektelsesgrunnlag foreligger. Det blir dermed opp til påtalemyndigheten å tiltale vedkommende, slik at straffesaken blir behandlet av en domstol. Dersom påtalemyndigheten mener det er fare for gjentakelse, bevisforspillelse eller fluktfare, får de begjære fangen varetektsfengslet. På denne måten oppnår man både domstolsbehandling av selve straffesaken og domstolsbehandling av for eksempel gjentakelsesfaren. I dag skal riktignok fangen som hovedregel anmeldes for straffbare handlinger som begås under soning, se ovenfor punkt 2.3.4.1. Men dette forhindrer etter

¹⁶⁶ Dette momentet ble tillagt vekt i *Colozza v Italia* A 89 (1985) para 28. Her hadde Colozza ikke uttrykkelig gitt avkall på retten til å være til stede under rettssaken, og myndighetene hadde ikke gjort tilstrekkelig for å informere ham om at han hadde rett til å være til stede.

dagens regler ikke at han samtidig blir nektet prøveløslatelse. Ulempen ved et slikt forslag er at det fratar kriminalomsorgen et viktig styringsverktøy overfor fangene. På den annen side kan altså påtalemyndigheten begjære varetektsfengsling dersom de mener det er grunnlag for det. Konsekvensene for fangen er derfor i stor grad de samme, med den forskjell at det er tingretten, og ikke kriminalomsorgen som tar stilling til hvorvidt fangen skal ”fortsette” å sone.

En annen løsning er å gi adgang til tingrettsbehandling av prøveløslatelsesspørsmålet. Etter at klagemulighetene er uttømt, kunne fangen få mulighet til å bringe saken inn for tingretten. Denne ordningen kunne være gratis, eller avhengig av et gebyr. Tilsvarende ordninger finnes på andre områder. Tingretten tar for eksempel stilling til gjeninnsettelse etter nye straffbare handlinger under prøvetiden, jfr strgjfl § 45, jfr straffeloven¹⁶⁷ § 28 b annet ledd. Ved prøveløslatelse fra forvaring, skal påtalemyndigheten fremme saken for tingretten, jfr strl § 39 f annet ledd. Det er videre tingretten som tar stilling til spørsmålet om eventuell gjeninnsettelse, jfr strl § 39 g femte ledd. Når domfelte har fått betinget dom etter strl § 52 med vilkår etter strl § 53, kan tingretten ved alvorlig eller gjentatte brudd på vilkårene ”bestemme ved dom at straff helt eller delvis skal fullbyrdes”, jfr strl § 54 nr 2.

Ulempen ved en slik ordning er at det kan føre til økt belastning på et allerede hardt prøvet domstolsvesen. På den annen side nektes prøveløslatelse relativt sjelden, samtidig som det ikke i alle disse tilfellene vil være snakk om ”criminal charge”. Under enhver omstendighet er ikke statenes ressurser et avgjørende argument i forhold til gjennomføringen av menneskerettighetene.

¹⁶⁷ Alminnelig borgerlig straffelov av 22. mai 1902 nr 10 (strl)

4 Nektelse av prøveløslatelse og gratis juridisk bistand

Nektelse av prøveløslatelse kan innebære en "criminal charge" etter EMK art 6 (1). Dette utløser i prinsippet alle rettssikkerhetsgarantiene i EMK art 6. Retten til "tribunal" med "full competence" må anses ivaretatt etter klare uttalelser i forarbeidene til straffegjennomføringsloven. På den annen side kan krenkelse ikke utelukkes i forhold til retten til "access to court" etter EMK art 6 (1). I denne vurderingen var det et moment at fanger ofte er i en svak økonomisk situasjon. Dette momentet er imidlertid relevant også i forhold til andre bestemmelser i EMK art 6.

I dette kapittelet er problemstillingen hvorvidt retten til gratis juridisk bistand etter EMK art 6 (3) c er oppfylt i saker etter strgfvl § 42. Bakgrunnen for problemstillingen er at fanger i utgangspunktet er avskåret fra å få fri rettshjelp i fengselssaker, jfr rhjl § 1.¹⁶⁸ Det er imidlertid en viss dispensasjonsadgang i rhjl § 6.¹⁶⁹ Men når noen av disse sakene kan karakteriseres som "criminal charge", har man etter omstendighetene krav på fri rettshjelp i medhold av konvensjonen. Hovedproblemstillingen i det følgende er derfor hvorvidt de norske reglene for fri rettshjelp i saker om nektelse av prøveløslatelse er i samsvar med vilkårene for gratis juridisk bistand etter EMK art 6 (3) c.

Jeg vil først behandle retten til gratis juridisk bistand i EMK art 6 (3) c (kapittel 4.1), for deretter å se på de norske reglene, først og fremst dispensasjonshjemmelen i rhjl § 6 (kapittel 4.2). Avslutningsvis vil jeg vurdere om det kan sies å foreligge uoverensstemmelser mellom reglene (kapittel 4.3).

4.1 Nærmere om retten til gratis juridisk bistand etter EMK art 6 (3) c

EMK art 6(3) c er en av "minsterrettighetene" i straffesaker som følger av art 6 (3). Grunnvilkåret for at rettighetene kommer til anvendelse er at man er siktet for en straffbar handling ("charged with a criminal offence"). Begrepet må forstås på samme måte som etter EMK art 6 (1). Det at de er minsterrettigheter innebærer at man må se disse i sammenheng med hovedbestemmelsen om retten til "fair trial" i EMK art 6 (1). De kan selvsagt bli krenket på selvstendig grunnlag, men art 6 (1) vil være en

¹⁶⁸ Lov om fri rettshjelp av 13. juni 1980 nr 35 (rhjl)

¹⁶⁹ Hvorvidt denne bestemmelsen omfatter fengselssaker, kommer jeg tilbake til nedenfor.

tolkningsfaktor. Det følger av dette at art 6 (1) kan føre til en innskrenkende tolkning av retten til gratis juridisk bistand etter art 6 (3) c. Det avgjørende er om prosessen som helhet har vært ”fair”. Motsatt kan art 6 føre til en utvidende tolkning av en av rettighetene. Således er oppregningen i art 6 (3) ikke uttømmende.¹⁷⁰

Etter ordlyden i EMK art 6 (3) c er gratis juridisk bistand avhengig av to vilkår. For det første må siktede mangle midler til å betale for slik bistand. For det andre må fri rettshjelp være påkrevd av hensyn til rettferdighetens interesse (”when the interests of justice so require”). Det første vilkåret reiser sjelden tvil for EMD; det er her snakk om et rent bevissspørsmål. Det er det andre vilkåret som i de fleste tilfeller volder tvil. Uttrykket ”interests of justice” er vagt formulert, og det er vanskelig ut fra ordlyden å utlede nærmere hva som kreves. Men det kan anføres at det må noe særskilt til. I dette perspektiv er statene som utgangspunkt ikke pålagt å ha en ordning med fri rettshjelp. En ordning hvor statene krever tilbake det de har bevilget hvis vedkommende blir dømt, synes heller ikke prinsipielt å være konvensjonsstridig.¹⁷¹ Her dreier det seg om statlige utgifter, og EMD har gjentatte ganger konstatert at konvensjonsstatene har vid skjønnsmessig myndighet i forhold til hvilke midler de vil benytte seg av for at rettssystemet skal være i overensstemmelse med EMK art 6.¹⁷² Å bevilge fri rettshjelp er bare ett slikt middel. Dette kan ses i sammenheng med at et moment i vurderingen er hvorvidt siktede har oppnådd en ”fair trial” uavhengig av fri rettshjelp.

EMD har i flere dommer gitt nærmere retningslinjer for hva begrepet ”interests of justice” innebærer. En sentral dom er *Quaranta v Sveits*¹⁷³. Klageren ble mistenkt og senere tiltalt og dømt for narkotikavirksomhet, hvor maksimumsstraffen var tre års fengsel. Han søkte fri rettshjelp, men ble nektet dette på bakgrunn av at nasjonale domstoler ikke anså saken tilstrekkelig komplisert. EMD benyttet seg i hovedsak av to faktorer i vurderingen av om ”interests of justice” i dette tilfellet krevde fri rettshjelp. For det første alvorligheten av lovbruddet og strengheten av straffen han risikerte. Det

¹⁷⁰ Se van Dijk og van Hoof (1998) s 463-464 og Møse (2002) s 372

¹⁷¹ Se *Croissant v Tyskland* A 237 B (1992). Dette standpunktet er imidlertid kritisert i teorien, se van Dijk og van Hoof (1998) s 472 og Harris, O’Boyle og Warbrick (1997) s 261

¹⁷² Se for eksempel uttalelse i *Quaranta v Sveits* A 205 (1991) para 30

¹⁷³ Ibid

er grunn til å merke seg at EMD ikke legger vekt på hvilken straff klageren faktisk ble ilagt, men knytter vurderingen opp til hvilken straff han *risikerte*. Dette er samme fremgangsmåte som blir benyttet i forhold til reaksjonens strenghet ved vurderingen av om det foreligger ”criminal charge”.

Den andre faktoren er sakens kompleksitet. Disse vurderingskriteriene har blitt anvendt av EMD i flere saker, og må således sies å være gjeldende rett.

Når det gjelder lovbruddets alvorlighet og reaksjonens strenghet, er synspunktet at jo større betydning saken har for siktede, jo større grunn er det til å gi ham fri rettshjelp. Det legislative hensyn er at siktede her risikerer mer, og at behovet for å forsvare seg med best mulige midler øker. Situasjonen er jo at han ikke har tilstrekkelige midler til å betale for juridisk assistanse. Der hvor straffen ikke er særlig streng er derfor behovet for fri rettshjelp mindre. EMD har gitt visse antydninger om hvor streng straffen må være i denne relasjon. I Quaranta-saken var det snakk om risiko for tre års fengsel.¹⁷⁴ Benham v UK inneholder nærmere presiseringer. Her uttaler EMD følgende: ”The Court agrees with the Commission that where deprivation of liberty is at stake, the interests of justice in principle call for legal representation.”¹⁷⁵ Dette betyr at det prinsipielt sett er en streng reaksjon når siktede risikerer frihetsberøvelse.

Sakens kompleksitet må ses i samsvar med at alternativet til fri rettshjelp er at siktede fører saken selv. Det springende punkt er således om saken er så komplisert at siktede ikke kan føre sin sak selv på en måte som vil gi et effektivt forsvar i samsvar med kravet om ”fair trial”. Kompleksitet i denne forstand omfatter både sakens juridiske og faktiske side. I Benham-saken og Quaranta-saken var det lovgivningen som ble ansett komplisert. Men EMD har fastslått at vi her står overfor relative begreper, og at hva som er ansett enkelt for noen ikke trenger å være det for andre. I Quaranta-saken ble det således lagt vekt på at klageren hadde en vanskelig oppvekst og var avhengig av narkotika. I en slik situasjon var det derfor vanskelig for ham på en effektiv måte å forsvare seg selv foran domstolene.¹⁷⁶

¹⁷⁴ Ibid para 33

¹⁷⁵ RJD 1996 s 738 para 61

¹⁷⁶ Para 35-36

Det kan spørres om lovbruddets alvorlighet og reaksjonens strenghet samt sakens kompleksitet må foreligge samtidig, altså om momentene er kumulative. I Quaranta-saken synes det som om risiko for fengsel i tre år var tilstrekkelig til å begrunne fri rettshjelp: "free legal assistance should have been afforded by reasons of the mere fact that so much was at stake".¹⁷⁷ I Benham- saken talte som nevnt frihetsberøvelse i seg selv for at fri rettshjelp burde gis. Riktignok vurderte EMD i begge disse dommene sakens kompleksitet. Men slik jeg tolker domstolens uttalelse om reaksjonens strenghet, synes det som om frihetsberøvelse i seg selv kan være tilstrekkelig, såfremt ikke saken totalt sett fremstår som meget enkel. I begge sakene var så ikke tilfelle. Dette betyr at siktede *kan* ha krav på fri rettshjelp etter EMK art 6 (3) c, ene og alene på grunn av at han vil kunne risikere frihetsberøvelse.¹⁷⁸

Dersom vilkårene for fri rettshjelp er oppfylt, kan det spørres når retten inntre. Ordlyden i art 6 (1), "charged", taler for at fri rettshjelp må innvilges allerede når vedkommende er siktet i konvensjonens forstand. Det følger av Golder- saken at retten kan inntre allerede på det saksforberedende stadiet. Men det er ikke dermed sagt at enhver som oppfyller vilkårene, har krav på fri rettshjelp i det siktelsen foreligger. Prosessen må ses som en helhet ved vurderingen av om denne tilfredsstiller kravene i EMK art 6. Slik sett må spørsmålet om fri rettshjelp vurderes på alle trinn av prosessen. Det kan derfor tenkes at "the interests of justice" ikke taler for fri rettshjelp på tidligere stadier av prosessen, men på et senere tidspunkt, eller omvendt. "Charged" innebærer bare at rettigheten i hvert fall ikke inntre før dette tidspunkt, og at den *kan* inntre fra dette tidspunkt. I Granger v UK¹⁷⁹ var problemstillingen hvorvidt fri rettshjelp skulle ha vært innvilget for ankeInnstansen. Fri rettshjelp var avslått for førsteInnstansen, men domstolen uttalte at britiske myndigheter skulle hatt kompetanse til å revurdere avslaget, særlig tatt i betraktning at saken viste seg mer komplisert enn tidligere antatt. Utover dette er det, her som ellers ved tolkningen av EMK art 6, avhengig av en konkret vurdering om EMK art 6 (3) c gjelder i overprøvingsInnstansen.

¹⁷⁷ Para 33

¹⁷⁸ Slik også Harris, O'Boyle og Warbrick (1997) s 262: "This is a consideration that may by itself require legal aid to be granted".

¹⁷⁹ A 174 (1990)

4.2 Retten til fri rettshjelp i saker etter strgfjl § 42

Saker om gyldigheten av vedtak etter strgfjl § 42 er etter norsk rett en sivil sak. Reglene om rett til forsvarer etter reglene i straffeprosessloven kommer derfor ikke til anvendelse. Vi må falle tilbake på reglene i rettshjelpsloven (rhjl).¹⁸⁰ Men av rhjl § 1 annet punktum fremgår det at loven ikke gjelder for saker om fullbyrding av straff. Dette betyr at saker om gyldigheten av vedtak i medhold av straffegjennomføringsloven i sin helhet er unntatt fra rettshjelpsloven. Bestemmelsen ble inntatt ved en lovendring i 1995.¹⁸¹ Det er imidlertid adgang til å dispensere i enkelttilfeller, jfr rhjl § 6. For saker etter strgfjl § 42 vil rhjl § 6 være den eneste hjemmelen som kan gi grunnlag for fri rettshjelp, uavhengig av de alminnelige vilkårene i rettshjelpsloven for øvrig.

På denne bakgrunn vil jeg ikke gå nærmere inn på de generelle vilkår for å få fri rettshjelp i sivile saker.¹⁸² Den følgende drøftelse vil knytte seg til dispensasjonsadgangen i rhjl § 6.

4.2.1 Dispensasjonsadgangen etter rhjl § 6

Rhjl § 6 inneholder altså en hjemmel for å gi fri rettshjelp utover lovens ordning. Dette betyr at det kan dispenseres fra alle de alminnelige vilkårene for fri rettshjelp. I tillegg kan hjemmelen brukes for å tilby fri rettshjelp i sakstyper som ikke omfattes av loven. Rhjl § 6 fremstår som en ren skjønnsbestemmelse. Det fremgår ikke av bestemmelsen selv nærmere vilkår for anvendelsen av kompetansen. I og med at kompetansen er lagt til fylkesmannen, foreligger heller ingen tilgjengelig praksis omkring bestemmelsen. En viss veiledning får vi imidlertid hvis vi ser på bakgrunnen for lovendringen om at saker om fullbyrding av straff ikke lengre skal være en del av rettshjelpsloven.¹⁸³ I rundskrivet som fulgte i kjølvannet av lovendringen uttales det følgende:

¹⁸⁰ Lov 13. juni 1980 nr. 35

¹⁸¹ Lovendring av 25/4 1995

¹⁸² For en gjennomgang av fri rettshjelpsordningen i norsk rett, se Johnsen (1987), Rundskriv G-73/96 om fri rettshjelp, St.meld.nr. 25 (1999-2000) og NOU 2002:18

¹⁸³ Lov av 25/4 1995 nr 62

”I de fleste saker om fullbyrding av straff vil politi- og påtalemyndighet samt fengselsmyndighetene kunne gi tilstrekkelig og nødvendig veiledning, slik at advokat i forbindelse med slike saker ikke kan sies å være nødvendig”.¹⁸⁴

På denne bakgrunn anføres det at ”det (bør) føres en *svært restriktiv* praksis med hensyn til å gi fri rettshjelp i slike saker”¹⁸⁵ (min uthevelse). Hvorvidt praksis har fulgt denne stramme linjen, er som nevnt vanskelig å si. Men Justisdepartementet har opplyst at det generelt sett føres en restriktiv praksis ved saker som gjelder domstolsprøving av forvaltningsvedtak.¹⁸⁶

På denne bakgrunn må det legges til grunn at dispensjonsadgangen i rhjl § 6 bare helt unntaksvis vil bli benyttet i saker om gyldigheten av vedtak etter strgjfl § 42.

4.3 Forholdet mellom retten til fri rettshjelp i saker om prøveløslatelse og vilkårene i EMK art 6 (3) c

Det første vilkåret etter EMK art 6 (3) c er at vedkommende mangler midler til å betale for rettslig bistand. Det er selvsagt vanskelig å vurdere dette konkret. Noe generelt kan man imidlertid si. Dagpengene, som er den inntekt fangene har mens de sitter inne, er i dag på 48 kr.¹⁸⁷ De fleste vil ha inntektstap som følge av frihetsberøvelsen. I tillegg er det en del fanger som er uten arbeid og livnærer seg på ulike trygdeordninger. I en undersøkelse fra 1985 viste det seg at 2/3 av fangene tilfredsstilte inntektsgrensene for fri rettshjelp uten egenandel.¹⁸⁸ Eskeland konstaterer på denne bakgrunn at ”bare de færreste vil ha økonomiske midler til å kunne betale for advokathjelp”.¹⁸⁹ Aall uttaler at ”fangen vil ofte mangle midler til å betale en forsvarer selv”.¹⁹⁰

¹⁸⁴ Rundskriv G 73/96 kap IX punkt 2.1

¹⁸⁵ l.c.

¹⁸⁶ Samtale med Justisdepartementet 7. oktober 2003

¹⁸⁷ Jfr rundskriv KSF 5/2002

¹⁸⁸ Johnsen og Helle (1986) s 31

¹⁸⁹ Eskeland (1989) s 414

¹⁹⁰ Aall (1995) s 453

Det må etter dette antas at det økonomiske vilkåret i EMK art 6 (3) c i en god del tilfeller vil være oppfylt. I det følgende vil forutsetningen være at vilkåret om manglende økonomiske midler ("sufficient means") er oppfylt.

Det neste vilkåret er sakens betydning for siktede. Den betydning det her er snakk om, er først og fremst alvorligheten av det siktede er tiltalt for. I vår sammenheng er det altså spørsmål om hvilken sanksjon fangen risikerer, nærmere bestemt hva nektelse av prøveløslatelse innebærer.

Å bli holdt tilbake utover tidspunktet for prøveløslatelse, må karakteriseres som frihetsberøvelse. Vi har tidligere drøftet dette spørsmålet i forhold til om fangen har en berettiget forventning om prøveløslatelse, og jeg viser for så vidt til dette. I den grad det altså er tale om "criminal charge", vil reaksjonen også være frihetsberøvelse.

Hvor langvarig frihetsberøvelse man risikerer, varierer etter hvor streng dommen er. Minstekravet for å bli innvilget prøveløslatelse er dom på 74 dager. I disse tilfellene risikerer fangen å bli frihetsberøvet i 14 dager. Lengden vil øke ettersom dommene blir lengre. Dette innebærer at ved nektelse av prøveløslatelse risikerer fangen minst å bli frihetsberøvet i 14 dager. I *Quaranta v Sveits*¹⁹¹ og *Benham v UK*¹⁹², ble det uttalt at der siktede risikerer frihetsberøvelse taler "interests of justice" for fri rettshjelp. Slik sett er nektelse av prøveløslatelse i seg selv et argument for å innvilge fri rettshjelp i disse sakene. Hvorvidt det er et avgjørende moment, kan etter det jeg kan skjønne avhenge av hvor lang frihetsberøvelse fangen risikerer og hvor komplisert saken fremstår. Det kan imidlertid ikke utelukkes at fri rettshjelp må innvilges kun på bakgrunn av at fangen risikerer frihetsberøvelse av en viss størrelse.¹⁹³

Det neste momentet i vurderingen av om fri rettshjelp er påkrevd i "interests of justice", er sakens kompleksitet. Både den faktiske og juridiske side er relevant. Også her er det vanskelig å si noe konkret. Men i en del tilfeller vil det være snakk om omfattende

¹⁹¹ A 295 (1991)

¹⁹² RJD 1996 s 738

¹⁹³ Aall (1995) uttaler om dette på s 453: "Samtidig er det klart at i så vidt alvorlige saker som det her er snakk om, vil rettshjelp regelmessig være påkrevd ut fra "rettferdighetens interesse", jfr EMK art 6.3 (c)."

bevismateriale, slik som når fangen har begått en straffbar handling i fengslet. Andre ganger er det faktiske grunnlag mer eller mindre på det rene. Hvor komplisert jussen er, vil også variere. Det fengselsrettslige har fangene ofte god kjennskap til. Men avgjørelsene er gjerne resultat av skjønnsmessige vurderinger, noe som gjør de vanskelige å angripe. Videre er fengselsretten en del av alminnelig forvaltningsrett. Sak om gyldigheten av et forvaltningsvedtak for domstolene kan reise alminnelige forvaltningsrettslige problemstillinger, så som forvaltningens kompetanse, eventuelt myndighetsmisbruk og alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper for god saksbehandling. Dette er spørsmål som må karakteriseres som kompliserte og til dels uavklarte. Ved saksanleggelse for de sivile domstoler vil det videre være påkrevd med kjennskap til sivilprosessen, som også er en komplisert materie.

Sakens kompleksitet må også ses i relasjon til fangenes situasjon. Som nevnt er fanger en sammensatt gruppe individer. Men en del av dem har lav utdanning, dårlig råd samt rusproblemer. I *Quaranta v Sveits* ble slike momenter tillagt vekt. Ved vurderingen av hvor komplisert en sak om gyldigheten av nektelse av prøveløslatelse er, må man følgelig ta i betraktning slike momenter, om de foreligger. I forarbeidene til rettshjelpsloven uttales følgende om fangers behov for rettshjelp ut i fra sakens karakter:

”(...) fengselsmyndighetene treffer beslutninger som innebærer vidtrekkende inngrep overfor de innsatte, for eksempel om langvarig isolasjon og straff. De innsatte har ofte svake ressurser og liten evne til å gjøre rede for sin sak. Sakenes karakter tilsier også at rettshjelpstilbudet burde være godt utbygget for denne gruppen.”¹⁹⁴

Men selv om behovet for rettshjelp isolert sett er stort, kan dette avhjelpes ved hjelp og rådgivning. Jo mer veiledning som gis, jo mindre blir behovet for rettshjelp. Jeg skal her se nærmere på fangers behov for rettshjelp i dette perspektivet.

Rundskrivet til rettshjelpsloven legger til grunn at fanger generelt sett vil ha lite behov for advokatbistand. Ved vurderingen av om utsagnet er riktig, må man sonde etter hvilket stadium i prosessen man befinner seg på. Som nevnt, kan retten til gratis juridisk bistand inntre allerede fra siktelsen. Dette vil være før vedtak om nektelse av

¹⁹⁴ Ot.prp.nr 35 (1979-1980)

prøveløslatelse treffes i første instans.¹⁹⁵ I utgangspunktet gjelder kravet om rettslig bistand ved domstolsbehandlingen. Men her, hvor siktelsen først avgjøres av en administrativ myndighet, må man se hele prosessen under ett. Betydningen av dette er at god veiledning tidlig i prosessen kan gjøre det berettiget med mindre veiledning senere, og omvendt. Men man må også se hen til sakens kompleksitet, som kan påkrevne rettslig bistand fra og med siktelsen.

Befinner man seg på søknadsstadiet, eller eventuelt klagestadiet, innenfor forvaltningen, vil fengselsbetjenter kunne gi en viss veiledning. Det ble nylig innført en ordning med såkalte ”kontaktbetjenter”. Dette er betjenter som har særlig ansvar for å følge opp den enkelte innsatte under straffegjennomføringen. I rundskrivet om kontaktbetjentordningen fremgår det at en av hovedfunksjonene til kontaktbetjentene skal være å ”ha ansvar for at den innsatte får informasjon om fengselet, samt rettigheter og plikter”.¹⁹⁶ Dette må innebære at disse betjentene også skal veilede den enkelte om hvordan man skriver søknader, hvordan man skal klage på et vedtak osv. Det betjentene ikke kan gjøre, er å opptre som partsrepresentanter (fullmektige) for fangene, jfr strgjfl § 7 litra a). Men fangene står fritt til å benytte seg av andre fullmektiger, så som advokater, representanter fra Juss-Buss eller lignende. Men andre fanger kan ikke benyttes som fullmektiger, jfr strgjfl § 7 litra a).

I tillegg gjelder forvaltningsloven¹⁹⁷ § 11 om veiledningsplikt, samt de øvrige saksbehandlingsreglene i forvaltningsloven¹⁹⁸, herunder reglene om forhåndsvarsel og utrednings- og informasjonsplikt, jfr fvl §§ 16 og 17.

Formelt sett ser det ut til at fangene får tilstrekkelig bistand og veiledning, samt at adgangen til å benytte seg av fullmektig er tilstrekkelig ivaretatt. Spørsmålet er om dette samsvarer med det virkelige bildet.

¹⁹⁵ Se kapittel 2.3.5

¹⁹⁶ Rundskriv KSF 02/2002, 6.juni punkt 5

¹⁹⁷ Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker av 10. februar 1967 (fvl)

¹⁹⁸ Riktignok med visse unntak, se strgjfl § 7

Det er foretatt enkelte undersøkelser om fangers rettshjelpsbehov. En av undersøkelsene avdekker at fangene benyttet seg av partsrepresentant i 5 % av 123 av sakene som ble registrert i undersøkelsen. Det var imidlertid i alle tilfellene snakk om særskilt oppnevnte advokater, enten i forbindelse med straffesaken eller i forbindelse med sak etter bvl § 5. Ikke i noen av tilfellene hadde fangen tatt initiativ til å ta kontakt med en ”ekstern” advokat.¹⁹⁹ I en annen undersøkelse vises det at svært få benyttet seg av advokat i forbindelse med søknader om permisjon eller prøveløslatelse (5 av 487). Eskeland slår på denne bakgrunn fast at ”det er svært sjelden at fangene bruker advokat for å fremme sine egne interesser i fangesaker”.²⁰⁰ Årsaken til dette kan selvsagt være at den hjelp fangene får fra fengselsbetjenter og andre ansatte (for eksempel sosionom, lærer og lignende) er tilstrekkelig. Resultatene fra disse undersøkelsene viser imidlertid et annet bilde. Lid uttaler at ”de fengselsansattes dobbeltrolle (er) en avgjørende hindring for deres muligheter til å opptre som rettshjelpere i en stor del av sakene.”²⁰¹ Eskeland uttaler på bakgrunn av resultatene at ”fangene har (...) *et behov for rettshjelp* i den forstand at de kan ha nytte av hjelp fra noen med juridisk innsikt og ressurser til å ivareta sine interesser”.²⁰²

I Ullersmo- undersøkelsen ble det ytt juridisk bistand i tre kategorier; veiledning, formuleringshjelp og partsrepresentasjon. Den siste kategorien var klart den mest benyttede; i 70 % av sakene ble det gitt rettshjelp i form av partsrepresentasjon. Til sammenligning ble det gitt formuleringshjelp og veiledning i henholdsvis 27 % og 3 % av sakene. Som Eskeland²⁰³ påpeker, sier ikke dette nødvendigvis noe om at det er et objektivt behov for partsrepresentasjon i så mange saker. Men undersøkelsen viser at i de sakene hvor partsrepresentant ble benyttet, hadde noe over 1/3 av sakene positivt eller delvis positivt utfall. Heller ikke dette trenger å bety at behovet for fullmektig er stort, i og med at utfallet i en del av sakene ”trolig (ville) blitt det samme uten noen medvirkning fra andre”.²⁰⁴ Men Eskeland mener at behovet for fullmektig uansett er

¹⁹⁹ Se Lid (1981) s 146-147

²⁰⁰ Eskeland (1989) s 415-416

²⁰¹ Lid (1981) s 147

²⁰² Eskeland (1989) s 417

²⁰³ l.c.

²⁰⁴ Lid (1981) s 132

stort, tatt i betraktning av at fengselslovgivningen gir fengselsmyndighetene stort rom for skjønn.

Eskeland konkluderer på bakgrunn av fangeundersøkelsene med følgende: ”det foreligger et utvilsomt behov for fullmektig i fangesaker”. Det må her minnes om at betjenter ikke kan opptre som fullmektiger for fanger. Slik sett er fengselsmyndighetene på dette området avskåret fra å gi rettshjelp.

Det må legges til at de nevnte undersøkelser er relativt gamle. Det kan således ikke utelukkes at fangers behov for fullmektig har endret seg. Det at man har opprettet en kontaktbetjentordning, kan for eksempel ha bidratt til å redusere behovet. Selv om de ikke kan opptre på vegne av fangene, kan det tenkes at de kan gi fangene bedre veiledning slik at de i bedre grad er i stand til å fremme egen sak. Dette synspunktet kan imidlertid ikke strekkes for langt. Mange fanger vegrer seg mot å henvende seg til betjentene med sine problemer, også de juridiske. Mange føler at betjentene er fengselsledelsens forlengede arm, og at det de sier til dem på et eller annet tidspunkt kan bli brukt mot dem. Ullersmoundersøkelsen dokumenterer således at det derfor kan sies å foreligge et subjektivt behov for bistand fra fullmektig. Dette må for en stor del gjelde også i dag.

På bakgrunn av det ovennevnte, er det rimelig å legge til grunn at fengselsmyndighetene til en viss grad kan gi juridisk bistand i form av veiledning. I noen grad må det også legges til grunn at slik veiledning kan redusere behovet for fullmektig. Men bare et stykke på vei, og slett ikke fullt ut. Det må derfor antas at det for en del saker fremdeles er et behov for fullmektig i fangesaker når disse befinner seg på søknads- eller klagenivå innen forvaltningen.

Når man beveger seg over til et eventuelt saksanlegg og domstolsprosess, er situasjonen en ganske annen. Fengselsbetjentene har god kjennskap til fengselslovgivningen. De er imidlertid ikke generelt sett skolert innenfor alminnelig forvaltningsrett og prosessrett. Vi kan sammenlikne med reglene for siktedes rett til forsvarer etter strprl kapittel 9. I alle saker har siktede rett til å la seg bistå av forsvarer på ethvert trinn av saken, jfr strprl § 94. Men under hovedforhandlingen *skal* siktede, med visse unntak, ha forsvarer, som da er betalt av det offentlige, jfr strprl §§ 96-100, jfr § 107. Bakgrunnen for reglene er

dels sakenes kompleksitet og at siktede ofte ikke er i stand til å tale sin sak effektivt på egen hånd, dels det økonomiske aspektet. Disse forhold gjør seg også gjeldende i saker etter strgjfl § 42. Men det er forskjeller. Retten til forsvarer i straffesaker gjelder til tross for at påtalemyndigheten i utgangspunktet skal være objektiv og belyse saken fra begge sider, jfr strprl § 226 tredje ledd. I tillegg har retten et selvstendig ansvar for sakens opplysning, jfr strprl § 294. I saker etter strgjfl § 42 er det partene som har ansvaret for sakens opplysning, jfr tvml § 85, og retten har begrensede muligheter til å drive materiell prosessledelse. Man kan derfor anføre at behovet for prosessfullmektig er større i slike saker enn i straffesaker, særlig tatt i betraktning av at konsekvensen man risikerer, frihetsberøvelse, er den samme.

4.4 Konklusjon

Nektelse av prøveløslatelse innebærer frihetsberøvelse, som etter EMD's praksis og juridisk teori i seg selv taler for fri rettshjelp etter EMK art 6 (3) c. Sakens kompleksitet varierer, og må avgjøres konkret. Det må imidlertid legges til grunn at fanger generelt har et behov for fri rettshjelp. Det vil sjelden være snakk om så enkle saker at dette momentet slår bena under det faktum at vi står overfor en frihetsberøvelse som i seg selv taler for innvilgelse av fri rettshjelp etter EMK art 6 (3) c.

Samlet sett vil det i mange saker om nektelse av prøveløslatelse for domstolene være påkrevd med fri rettshjelp "in the interests of justice". Slik jeg tolker rhjl § 6, er det ikke tatt høyde for dette i praktiseringen av dispensasjonsadgangen. Det kan derfor ikke utelukkes at det vil kunne foreligge krenkelse av EMK art 6 (3) på dette punkt.

4.5 Endringsforslag

Det foreligger allerede en hjemmel for fri rettshjelp i dispensasjonsadgangen i rhjl § 6. Slik jeg ser det, er det dermed ikke nødvendig med en lovendring. Det følger av mrl § 3 at EMK art 6 (3) c er en del av norsk rett, og vil ha fortrinn ved kollisjon med internrettslige regler. Dette betyr at man også strengt tatt har en hjemmel for fri rettshjelp i EMK art 6 (3) c. Men som jeg var inne på, har ikke lovgiver ved vedtakelsen av rhjl § 6 eller senere praksis lagt til grunn at nektelse av prøveløslatelse er "criminal

charge”. Etter min oppfatning må rhjl § 6 tolkes og praktiseres i samsvar med EMK art 6 (3) c i saker om nektelse av prøveløslatelse etter strgjfl § 42.

Spørsmålet er om dette er tilstrekkelig til å bringe ordningen med fri rettshjelp i samsvar med konvensjonen. Ordlyden i EMK art 6 (3) c, ”to be *given* it free”, taler for at myndighetene har et selvstendig ansvar for å gi fri rettshjelp når vilkårene for dette er oppfylt. Vi kan tale om en oppnevningsplikt. Ellers risikerer man at mange ikke vil være klar over muligheten for å søke om fri rettshjelp, og følgelig heller ikke blir innvilget dette. Det er ikke siktedes oppgave å sikre ”fair trial”, det er statenes ansvar. På den annen side har statene stor frihet med hensyn til hvilke virkemidler de vil anvende for å oppnå konvensjonskonformitet. En ordning hvor siktede selv må ta initiativet for å få innvilget fri rettshjelp, er neppe i seg selv i strid med konvensjonen. Men det må under enhver omstendighet stilles krav til at ordningen er tilgjengelig og at saksbehandlingen skjer hurtig. Slik det er i dag, blir fangene aldri underrettet om muligheten for å søke om fri rettshjelp. I lys av de slutninger jeg har kommet til ovenfor, bør det være et minstekrav at myndighetene opplyser om muligheten for å søke om fri rettshjelp, og dette allerede i vedtaket som nekter prøveløslatelse.

5 Strgjfl § 42 og forholdet til uskyldspresumsjonen

5.1 Innledning

Som vi har sett, må man legge til grunn at nektelse av prøveløslatelse i visse tilfeller innebærer en ”determination of a criminal charge”. Dette innebærer at alle rettighetene i EMK art 6 får anvendelse, herunder art 6 (2). Vi så videre at selv om avgjørelsen i første omgang skjer administrativt, så har man mulighet etter norsk rett til å forelegge saken for domstolene med full kompetanse. Det er ingen bestemmelse i EMK som er til hinder for at straff ilegges administrativt, så fremt full domstolsprøvelse er mulig.

Domstolsprøvelsen vil imidlertid etter norsk rett skje etter reglene for behandlingsmåten i sivile saker. Et spørsmål som da dukker opp er om de bevisregler som gjelder i saker om nektelse av prøveløslatelse er i overensstemmelse med de krav som stilles etter EMK art 6 (2).

Selv om full domstolsprøvelse er mulig, vil dette skje som en konsekvens av nektelsesvedtaket. Dersom vedtaket ikke gis oppsettende virkning, kan vi tale om ”foregrepet fullbyrdelse”. Spørsmålet er om dette vil kunne tenkes å være i strid med uskyldspresumsjonen etter EMK art 6 (2).

Disse to problemstillingene er temaet for dette kapittelet.

Når vi skal vurdere om saksbehandlingen ved spørsmålet om nektelse av prøveløslatelse etter strgjfl § 42 er i samsvar med de krav som stilles etter EMK art 6 (2), må vi se på hele prosessen under ett. Det er gode grunner for å hevde at saksbehandlingen ved kriminalomsorgen i denne henseende ikke er god nok. Men i og med at man har adgang til domstolsprøvelse av spørsmålet, må vi se på om det her kan tenkes mangler. Konvensjonsmessighet vil derfor bli vurdert ut i fra de bevisregler som gjelder for domstolene.²⁰⁵

Først en nærmere redegjørelse for bevisreglene i EMK art 6 (2).

5.2 Nærmere om beviskravet og bevisbyrden etter art 6 (2)

Begrepene beviskrav og bevisbyrde blir undertiden brukt om hverandre. Det kan også spørres om det er hensiktsmessig å skille mellom disse begrepene, og om dette eventuelt har noen rettslig betydning. Det vil imidlertid føre for langt å gå nærmere inn på denne diskusjonen her.²⁰⁶

²⁰⁵ Som påpekt i kapittel 3, er det få saker om strgjfl § 42 som kommer for domstolene, og det er mulig vi også står overfor brudd med retten til ”access to court”. Men i og med at man har en formell adgang til domstolene, og prosessen må ses som en helhet, vil det riktige være å vurdere bevisreglene for domstolene.

²⁰⁶ Se her Strandbakken (2003) s 48 flg med videre henvisninger.

”Bevisbyrde” vil her bli brukt om hvem som har ansvaret for å bevise siktedes skyld (”bevisføringsplikt”). ”Beviskrav” vil bli brukt om ”hvilken grad av sannsynlighet som må foreligge for at et faktum skal legges til grunn for en rettslig avgjørelse”.²⁰⁷ Spørsmålet i dette avsnittet er hvilke krav EMK art 6 (2) stiller til henholdsvis beviskravet og bevisbyrden.

Ordlyden i EMK art 6 (2) gir uttrykk for det generelle prinsippet om uskyldspresumsjonen. Det gis imidlertid ingen veiledning med hensyn til hvilke konkrete bevisregler man kan utlede av bestemmelsen. Den nærmere avgrensningen av bestemmelsens rekkevidde er overlatt til konvensjonspraksis.

I *Barbera, Messegue og Jabardo v Spania*²⁰⁸ sies det generelt at “any doubt should benefit the accused”. Denne uttalelsen er fulgt opp i senere saker, bl.a. *Janosevic v Sverige*²⁰⁹. Umiddelbart synes dette å innebære et strengt beviskrav, i betydningen bevis utover enhver rimelig tvil, jfr ”any doubt”. Harris, O’Boyle og Warbrick mener imidlertid at uttalelsen kun angir hvem som har bevisføringsplikten, og ikke hva som nærmere kreves med hensyn til bevisenes styrke.²¹⁰ Andre legger til grunn at et beviskrav ut over enhver rimelig tvil kan utledes av EMK art 6 (2).²¹¹ Jeg er derimot enig med Strandbakken når han uttaler at i

”praksis fra Strasbourg foreligger det overhodet ingen uttalelse som konkret angir kravet til bevisets styrke i straffesaker, for eksempel at det må foreligge bevis ut over *rimelig tvil*”.²¹²

Dette innebærer at kjernen i EMK art 6 (2) ikke først og fremst knytter seg til bevisets styrke. Men det legislative hensyn bak uskyldspresumsjonen er først og fremst å hindre at uskyldige blir dømt, i tillegg til å unngå forhåndsdomming. Dersom konvensjonsstatene skulle kunne dømme folk på bakgrunn av lavere sannsynlighetsgrad

²⁰⁷ *ibid.* s 53

²⁰⁸ A 146 (1988) para 77

²⁰⁹ Dom av 23. juli 2002 para 97

²¹⁰ Harris, O’Boyle and Warbrick (1995) s 243-244

²¹¹ Møse (2002) s 366, Eskeland (2000) s 502 og Skoghøy (2003) s 19

²¹² Strandbakken (2003) s 342

enn sannsynlighetsovervekt, ville dette kunne føre til at flere uskyldige ble dømt enn motsatt. Dette ville stride mot bestemmelsens formål. Reelle hensyn taler derfor for at bestemmelsen opererer med et minstekrav til bevisenes styrke. Strandbakken antar på denne bakgrunn at ”brudd på konvensjonen kan derfor tenkes å forekomme hvor (...) det er operert med et lavere beviskrav enn sannsynlighetsovervekt”.²¹³ I *Janosevic v Sverige*²¹⁴ gjaldt saken tilleggsskatt, som etter svensk rett ble behandlet av sivile domstoler uten de strenge beviskrav man har i straffesaker. EMD slo fast at man sto overfor en ”criminal charge”. Men beviskravet ble ikke vurdert av EMD. Dette kan tyde på at domstolen ikke anså beviskravet i strid med konvensjonen. Slik sett kan avgjørelsen trekke i retning av at EMK art 6 (2) ikke stiller krav til bevisenes styrke, i hvert fall ikke ut over sannsynlighetsovervekt. Dette må i så fall være et minstekrav. Det kan imidlertid ikke utelukkes at EMD ville konstatere krenkelse også der siktede ble dømt på bakgrunn av sannsynlighetsovervekt.

Når det gjelder bevisbyrden, uttales det i *Barbera-* saken at ”the burden of proof is on the prosecution”. Strandbakken mener at det ikke er tvilsomt eller omstridt at dette innebærer at påtalemyndigheten har bevisføringsplikten, og at dette er kjernen i EMK art 6 (2).²¹⁵ Dette betyr at det er påtalemyndigheten som har hovedansvaret for å bevise at siktede er skyldig. Problemstillingen er i hvilken grad det kan gjøres unntak fra dette utgangspunktet. I *Salabiaku v Frankrike*²¹⁶ ble det uttalt at negativ bevisbyrde og ulike former for legalpresumsjoner ikke i seg selv er i strid med konvensjonen. Harris, O’Boyle og Warbrick uttaler på bakgrunn av *Barbera-* saken:

”This confirms (...) at least in part, that the general burden of proof must lie with the prosecution, or, (...) that the court, in its inquiry into the facts, must find for the accused in a case of doubt”.²¹⁷

Dette skulle bety at påtalemyndighetens bevisbyrde ikke gjelder reservasjonsløst.

²¹³ l.c.

²¹⁴ Dom av 23. juli 2002 para 97

²¹⁵ Strandbakken (2003) s 381. Slik også Harris, O’Boyle og Warbrick (1995) s 243

²¹⁶ A 141A (1988)

²¹⁷ s 243

Under enhver omstendighet må det nok særskilte grunner til for at bevisbyrden kan føres over på siktede. For at for eksempel negativ bevisbyrde skal aksepteres, må dette skje innenfor en rimelig og forsvarlig ramme²¹⁸. Dette innebærer at man må vurdere både viktigheten av saken og hensynet til siktedes forsvar, altså en forholdsmessighetsvurdering mellom midlene som brukes og de formål som kan tenkes å oppnås. De rettssikkerhetsmessige hensynene bak regelen i EMK art 6 (2) taler for at i saker av stor viktighet for siktede, må de statlige hensyn være betydelige for at bevisbyrden flyttes over på siktede. Strandbakken antar at krenkelse kan foreligge der ”den nasjonale domstol har pålagt tiltalte den hele og fulle bevisføringsplikt, (eller) den foreliggende tvil er løst i tiltaltes disfavør.”²¹⁹

5.3 Beviskravet ved nektelse av prøveløslatelse

En sak for domstolene om gyldigheten av et vedtak som nekter prøveløslatelse etter strgjfl § 42 følger sivilprosessens regler. Det foreligger ingen generell lovbestemmelse om beviskravet i sivile saker. Man må her se hen til øvrige rettskilder, først og fremst rettspraksis og juridisk litteratur.

Dommen i Rt 1992 s 64²²⁰ synes å være prejudikat for at det gjelder et såkalt ”overvektsprinsipp” i norsk sivilprosess. Prinsippet innebærer at domstolene skal legge til grunn det faktum som fremstår som mest sannsynlig. Prinsippet har fått allmenn tilslutning i juridisk litteratur²²¹. De legale hensyn bak en slik regel er at man med dette vil få flere riktige dommer enn gale.

Dette er imidlertid bare et utgangspunkt. Det finnes en rekke unntak fra prinsippet, enten dette følger av særskilt lovhjemmel eller av rettspraksis.

Etter strgjfl § 42 skal prøveløslatelse ikke innvilges dersom dette vil fremstå som utilrådelig. Det foreligger ingen bestemmelse i loven som angir beviskravet i denne henseende. Etter hovedregelen i norsk sivilprosess skulle dermed en domstol nekte

²¹⁸ Jfr bl.a. *Salabiaku v Frankrike* A 141A (1988)

²¹⁹ Strandbakken (2003) s 343

²²⁰ Også kjent som ”P-pilledom II”

²²¹ Se Skoghøy (2001) s 675 med videre henvisninger

prøveløslatelse (eller rettene sagt unnlate å overprøve kriminalomsorgens vedtak) dersom det er mer enn 50 % sannsynlig at prøveløslatelse vil være utilrådelig i det konkrete tilfellet. Dette blir imidlertid en for upresis tilnærming. Som vi har sett i kapittel 2.3.4, er det en rekke forhold som kan begrunne en nektelse. Videre så vi i kapittel 2.4 at det først og fremst er nektelse på grunnlag av disiplinærbrudd og mistanke om straffbare handlinger som gjør nektelsen til ”criminal charge”. Spørsmålet er om det gjelder et annet beviskrav enn sannsynlighetsovervekt for å legge til grunn at disse omstendighetene foreligger. Altså hvilken grad av sannsynlighet som kreves for å legge til grunn at fangen har begått en ”criminal offence”. I det følgende vil jeg sonde mellom disiplinærbrudd og mistanke om straffbar handling.

5.3.1 Beviskravet ved ileggelse av reaksjon

Vilkåret for å ilegge reaksjon etter strgf. § 40 er at fangen forsettlig eller grovt uaktsomt *har brutt* reglene for ro orden og disiplin. Bestemmelsen sier imidlertid ikke noe om hvilken sannsynlighetsgrad som må foreligge for at man kan si at vedkommende *har brutt* disse reglene. Forarbeidene til strgf. § 42 gir nærmere veiledning. Justisdepartement legger til grunn at alminnelig sannsynlighetsovervekt er tilstrekkelig, men modifiserer dette for de tilfeller der det foreligger påstand mot påstand og ingen er mer sannsynlig enn den andre.²²² Dette siste angir hvem som har tvilsrisikoen. Det vil si at dersom det verken er mer eller mindre sannsynlig at et faktum foreligger, skal man legge til grunn det som taler til fangens gunst.

Enkelte har imidlertid tatt til orde for at det ved ileggelse av reaksjon må legges et strengere beviskrav til grunn. Eskeland mener at det foreligger særlige hensyn ved disiplinærstraffer som tilsier en større grad av sannsynlighet. Dette fordi disiplinærstraffen har sterke likhetstrekk med ordinære straffer. Han tar til orde for et differensiert beviskrav: ”kravet til sannsynlighet i disiplinærsaker bør være større jo mer alvorlig disiplinærstraffen er”²²³. Strandbakken mener at man i utgangspunktet kan

²²² Ot.prp. nr 5 (2000-2001) s 166

²²³ Eskeland (1989) s 302-303

operere med et overvektsprinsipp i disiplinærsaker, men sier seg enig i uttalelsen til Eskeland om variert sannsynlighetsgrad²²⁴.

Sivilombudsmannen har i flere saker påpekt at bevisbyrdereglene i straffesaker bør anvendes også i disiplinærsaker²²⁵. Disse uttalelsene kom i forbindelse med fengselsloven av 1958. Selv om det skjedde visse endringer i reaksjonssystemet ved straffegjennomføringsloven, er det i vesentlighet det samme, slik at uttalelsene må ha gyldighet også i dag.

Praksis knyttet til strgjfl § 40 tyder på at det legges til grunn et overvektsprinsipp²²⁶. Bakgrunnen er at både forarbeidene og retningslinjene som nevnt klart forutsetter dette.

Samlet sett, og med særlig vekt på forarbeidene og forvaltningspraksis, må vi legge til grunn at ved ileggelse av reaksjon etter strgjfl § 40 opererer man med alminnelig sannsynlighetsovervekt som beviskrav.

5.3.2 Beviskrav ved nektelse på bakgrunn mistanke om straffbar handling

Som vi så i punkt 2.3.4.3, kan prøveløslatelse nektes der fangen er mistenkt for en straffbar handling med en strafferamme på mer enn ett år. Vi så også at ordlyden i strgjfl § 42, supplert med retningslinjene til bestemmelsen, taler for at denne mistanken må være særlig sterk. Det vil si at sannsynlighetsovervekt ikke er tilstrekkelig.

Det spesielle her er imidlertid at kriminalomsorgen i stor grad bygger på opplysninger fra påtalemyndigheten. Men kriminalomsorgen må under enhver omstendighet ta stilling til om disse opplysningene er tilstrekkelig til å gjøre prøveløslatelse ”utilrådelig”. Det at bevisopptaket er overlatt til påtalemyndigheten endrer ikke kravet om at sterk mistanke må foreligge.

²²⁴ Strandbakken (2003) s 293

²²⁵ Omb. 1990 s 67 og Omb. 1999 s 228

²²⁶ Samtale med Kriminalomsorgen Region nord øst 1. oktober 2003

For at nektelse på bakgrunn av ”uoppgjorte straffesaker” skal være i samsvar med strgjfl § 42, må derfor mistanken være særlig sterk.

5.4 Bevisbyrden ved sak om nektelse av prøveløslatelse etter strgjfl § 42

I straffesaker er det påtalemyndigheten som har ansvaret for å iverksette en forfølgning for domstolene. Dette fremgår av strprl § 63. Vi sier gjerne at vi har et anklageprinsipp i norsk straffeprosess. I tillegg har påtalemyndigheten for det alt vesentlige bevisbyrden.²²⁷ Dette betyr ikke at retten er en passiv tilskuer. Domstolen har et selvstendig ansvar for sakens opplysning, jfr strprl § 294. Dette innebærer at vår straffeprosess har inkvisitoriske innslag.²²⁸

I sivilprosessen er hovedtrekkene helt annerledes. Vår sivilprosess er en partsprosess. Dette innebærer at det er opp til partene om saken skal bringes for domstolene, og at det er partene som har ansvaret for sakens opplysning, jfr tvml §§ 85 og 86.

For å få rettslig prøvd gyldigheten av et vedtak om nektelse av prøveløslatelse, må fangen selv bringe saken for domstolene. Dette innebærer at han har prosessinitiativet. Hvorvidt man kan si at fangen i dette tilfellet har bevisbyrden, er en annen sak. Etter tvml § 86 fremgår det at det ”paahviler parterne at gjøre rede for de faktiske forhold og bevis, som er av betydning for avgjørelsen”. Dette innebærer for det første at det er partene som har hovedansvaret for sakens faktiske opplysning. For det andre følger det av bestemmelsen at retten ikke kan basere sin avgjørelse på andre faktiske omstendigheter enn de som er påberopt av partene. Dette gjelder imidlertid kun i saker hvor partene har fri rådighet over tvistegenstanden, jfr motsetningsvis tvml § 86 annet ledd. Det første vi må ta stilling til er om partene har fri rådighet over tvistegenstanden i disse sakene.²²⁹

For saker om gyldigheten av vedtak etter strgjfl § 42, må det i hvert fall være klart at saken er dispositiv i forhold til det offentlige. Dette fordi de står fritt til å omgjøre et

²²⁷ Se Strandbakken (2003) s 381 og Andenæs (1994) s 162

²²⁸ Jfr Andenæs op.cit. s 35

²²⁹ For en nærmere redegjørelse av partenes rådighet over tvistegenstanden, se Skoghøy (2001) kap 11

slikt vedtak etter fvl § 35 første ledd bokstav a. For fangen kan dette imidlertid stille seg annerledes. Det avgjørende er hvorvidt han kan gi avkall på retten til prøveløslatelse. I utgangspunktet skulle man anta at dette er en rett av slik karakter at den private autonomi ikke strekker til. På den annen side er det sagt uttrykkelig i retningslinjene til strgjfl § 42 at fangen kan motsette seg prøveløslatelse. Dette må imidlertid skje innenfor visse rammer for å få rettsvirkninger. Men i den utstrekning avkallet holder seg innefor disse rammene, så har han fri rådighet over tvistegenstanden.²³⁰

Samlet sett må vi altså legge til grunn at partene i stor utstrekning har fri rådighet over tvistegenstanden i saker om gyldigheten av et vedtak som nekter prøveløslatelse etter strgjfl § 42. Dette betyr igjen at det er partene som har ansvaret for sakens opplysning, og at retten er bundet av det faktiske grunnlaget som blir påberopt. Dette betyr imidlertid ikke at det nødvendigvis er fangen som har bevisbyrden. Men situasjonen er vesensforskjellig fra straffeprosessen. Her er det som nevnt påtalemyndigheten som har det fulle og hele ansvaret for både å sette rettsforfølgningen i gang, jfr strprl § 63, samt å danne rammen for hva saken skal dreie seg om, jfr strprl § 38. Videre er det et hovedprinsipp i straffeprosessen at det er påtalemyndigheten som har det fulle og hele ansvaret for å føre bevis for at tiltale er skyldig. Det er riktignok visse modifikasjoner i dette prinsippet²³¹, men hovedtrekkene er klare.

En slik situasjon er fraværende ved saker om gyldigheten av vedtak etter strgjfl § 42. Dette kan illustreres ved reglene om adgangen til å avsi uteblivelsesdommer. Dersom saksøker uteblir, skal saksøkte (dvs staten) frifinnes, jfr tvml § 344 første ledd. Dette vil i så fall innebære at det opprinnelige vedtaket blir opprettholdt uten at retten tar stilling til verken juss eller faktum i saken. I straffesaker er det i utgangspunktet et krav om at tiltalte skal være til stede under hele hovedforhandlingen, jfr strprl § 280.

Hovedforhandlingen kan, under visse vilkår, imidlertid gjennomføres uten tiltalte i saker der påtalemyndigheten vil påstå straff under ett år, jfr strprl § 281. Men i slike

²³⁰ Hvorvidt fangen kan gi avkall på retten til rettfærdig rettergang etter EMK art 6 er en annen sak, se ovenfor under punkt 4.2.2. Poenget her er at fangen etter omstendighetene kan motsette seg prøveløslatelse, selv om vilkårene for nektelse ikke er oppfylt. Det foreligger dermed ingen "criminal charge" og altså intet avkall på artikkel 6- rettighetene.

²³¹ Se bl.a. strprl § 292 om betydningen av en tilståelse.

tilfeller må hovedforhandling likevel gjennomføres, og retten prøver både jus og faktum.

Om man kan si at saksøker i sak om gyldigheten av vedtak etter strgfjl § 42 har bevisbyrden eller ikke, er uklart. Uansett må det legges til grunn at staten *ikke* har et hovedansvar for å føre bevis for at vedtaket er gyldig. Dette innebærer i realiteten at fangen har et hovedansvar for å bevise sin uskyld.

5.5 Beviskravet og bevisbyrden ved nektelse av prøveløslatelse i forhold til EMK art 6 (2)

Som nevnt kan man neppe utlede av EMK art 6 (2) noe konkret beviskrav, utover at det i hvert fall må gjelde et krav om sannsynlighetsovervekt. Når det gjelder bevisbyrden, er som nevnt kjernen i EMK art 6 (2) at det er påtalemyndigheten som har ansvar for å bevise at tiltalte er skyldig.

Vi har altså sett at i saker om gyldigheten av et vedtak som nekter prøveløslatelse etter strgfjl § 42 på grunnlag av disiplinærbrudd er beviskravet alminnelig sannsynlighetsovervekt. I tillegg har fangen et hovedansvar for å bevise at vedtaket er ugyldig (dvs. at han er ”uskyldig” i de handlinger som ligger til grunn for vedtaket). Isolert sett kan det anføres at ingen av disse forholdene i seg selv er i strid med konvensjonen. Ser vi disse to forholdene i sammenheng, kan det imidlertid tenkes at saken stiller seg annerledes.

Svært få saker om nektelse av prøveløslatelse er gjenstand for domstolsprøvelse. Det at fangen har prosessinitiativet er en viktig årsak til dette. Vi så at dette innebærer at det er saksøker som har hovedansvaret for å bevise sin uskyld for en domstol. Dette må ses i sammenheng med at fanger ikke har krav på fri rettshjelp.²³² Det at fangen ikke har krav på gratis rettslig bistand kan medføre at bevisføringen fra hans side blir mangelfull. Når saksøker har hovedansvaret for bevisføringen, kan dette igjen medføre at hans forsvar ikke blir effektivt. Selv om fri rettshjelp ikke er noe krav etter EMK art 6 (2), er det ikke dermed sagt at momentet ikke kan ha relevans også her. Som nevnt er EMK art 6 (2) en

²³² Se ovenfor under kapittel 4

del av det generelle kravet om "fair trial" i EMK art 6 (1). Bestemmelsen må derfor ses som en helhet.

Nektelse av prøveløslatelse innebærer frihetsberøvelse. Dette er en alvorlig sanksjon og et sterkt inngrep overfor den enkelte. Hovedhensynet bak EMK art 6 (2) er å hindre at uskyldige blir dømt. Videre skal bestemmelsen gi siktede vern mot vilkårlig å bli ilagt "straff". I den grad konvensjonsstatene beveger seg i grenselandet for hva som kan aksepteres etter konvensjonen, tilsier en effektiv tolkning av bestemmelsen at det må foreligge særlige hensyn som gjør seg gjeldende med betydelig styrke, jfr for så vidt *Salabiaku v Frankrike*. Her uttalte EMD at ulike former for legalpresumsjoner og objektiv bevisbyrde ikke i seg selv er i strid med konvensjonen. Men dette stiller krav til statene om å "confine them within reasonable limits which take into account the importance of what is at stake and maintain the rights of the defence".²³³ Slike særlige hensyn vil ikke foreligge i dette tilfellet, tatt i betraktning av at fangen risikerer frihetsberøvelse.

Sett på bakgrunn av dette kan det ikke utelukkes at bevisreglene ved nektelse av prøveløslatelse på grunnlag av disiplinærbrudd vil skape problemer i forhold til EMK art 6 (2).

Når det gjelder nektelse på grunnlag av mistanke om straffbare handlinger, la jeg til grunn at denne mistanken må være særlig sterk dersom dette alene skal føre til nektelse. Det må være klart at dette tilfredsstiller beviskravet etter EMK art 6 (2). Men det som er nevnt om bevisbyrden ovenfor, vil også gjelde her. Det kan i denne sammenheng vises til at Strandbakken mener at

"(V)edtak om (...) manglende prøveløslatelse begrunnet i at den innsatte har gjort seg skyldig i straffbart forhold som ikke er rettskraftig avgjort, må likevel medføre at bevisreglene i straffesaker får anvendelse."²³⁴

Jeg forstår denne uttalelsen slik at den ikke bare knytter seg til beviskravet, men også til bevisbyrden. Det kan reises spørsmål ved om en konstatering av at det foreligger en

²³³ A 141 A (1988) para 28

²³⁴ Strandbakken (2003) s 293

mistanke i det hele tatt kan være i strid med EMK art 6 (2). Man kunne anføre at det i dette ikke ligger en skyldkonstatering, slik at bestemmelsen ikke får anvendelse. Konvensjonspraksis har bl.a. slått fast at varetekt ikke er i strid med uskyldspresumsjonen, fordi det her kun foreligger en konstatering av mistanke om skyld.²³⁵ På den annen side kan krenkelse tenkes også ved varetekt, så fremt ”det ved avgjørelsen gis uttrykk for noe mer enn en sterkere eller svakere grad av *mistanke*.”²³⁶ Jeg har tidligere slått fast at nektelse av prøveløslatelse på grunnlag av mistanke om straffbare handlinger er en ”determination of a criminal charge”.²³⁷ I dette ligger også at avgjørelsen reelt sett innebærer en skyldkonstatering, selv om kriminalomsorgen formelt sett kun konstaterer mistanke. Det følger av dette at uskyldspresumsjonen får anvendelse, og at bevisreglene i EMK art 6 (2) må overholdes.

Hvorvidt gjeldende regler og praksis i forhold til nektelse på grunnlag av mistanke om straffbare handlinger vil skape problemer i forhold til EMK art 6 (2), er på denne bakgrunn usikkert.

5.6 Nærmere om foregrepet fullbyrdelse etter EMK art 6 (2)

EMK art 6 (2) har som hovedformål å hindre at uskyldige blir straffedømt. Men bestemmelsen verner også mot å bli ansett skyldig før straffedom foreligger. Det er åpenbart at Kriminalomsorgen ikke tilfredsstiller kravene til en ”tribunal” i konvensjonens forstand. Ikke desto mindre vil nektelse av prøveløslatelse kunne innebære en ”determination of a criminal charge”. Et eventuelt sivilt søksmål om gyldigheten av vedtaket vil med nødvendighet komme i tid etter skyldkonstateringen, med mindre vedtaket gis oppsettende virkning. Dersom oppsettende virkning ikke gis, vil det kunne innebære at fangen har fullbyrdet ”straffen” helt eller delvis før endelig dom foreligger.²³⁸ Problemstillingen i det følgende er hvorvidt en slik foregrepet fullbyrdelse er i samsvar med EMK art 6 (2).

²³⁵ Se bl.a. Lutz v Østerrike A 123 A (1987)

²³⁶ Aall (1995) s 256

²³⁷ Se ovenfor kapittel 2.4.5

²³⁸ Som jeg tidligere har vært inne på, kommer de færreste av nektelsessakene opp for en domstol. Skyld vil derfor i de fleste tilfeller være konstatert uten straffedom. Det er imidlertid ikke gitt at dette innebærer krenkelse, i og med at fangen *kan* bringe saken inn for domstolene. Hvorvidt et avkall på

For å ta stilling til dette spørsmålet, må vi undersøke i hvilken grad det gis oppsettende virkning i saker om strgjfl § 42. Det er også nødvendig finne ut hvor lang tid det eventuelt tar å få en sak om nektelse av prøveløslatelse behandlet for domstolene. Først må vi imidlertid se nærmere på hvorvidt foregrepet fullbyrdelse er i samsvar med EMK art 6 (2).

Ordlyden i bestemmelsen gir liten veiledning. Det foreligger imidlertid flere dommer om dette spørsmålet. Generelt har EMD slått fast at det ikke er adgang til å ta stilling til skyldspørsmålet prejudisielt i en sak om andre forhold eller krav²³⁹, og at skyldkonstatering kun kan skje etter straffedom. Janosevic v Sverige²⁴⁰ gir nærmere veiledning om rettstilstanden omkring foregrepet fullbyrdelse.. Her var saksforholdet at en taxieier ble undersøkt av svenske myndigheter for skatteunndragelser. Han ble på denne bakgrunn ilagt et skattetillegg på omkring 160 000 SEK i 1995. Han reiste søksmål, men etter svensk rett er det i slike saker en prosessforutsetning at skattemyndighetene har fått mulighet til å vurdere saken på nytt. Fire år senere, altså i 1999, valgte skattemyndighetene å opprettholde avgjørelsen. Saken ble deretter brakt inn for svenske domstoler. Skattemyndighetene iverksatte innkrevingen av tilleggsskatten før Janosevic hadde fått en rettslig prøving av spørsmålet for en domstol. Han mente dette var et brudd på uskyldspresumsjonen.

EMD uttaler innledningsvis at ingen av rettighetene i EMK art 6 eller for øvrig i konvensjonen er til hinder for iverksetting før endelig dom foreligger. Domstolen viser her også til at slik praksis finner sted i konvensjonsstatene. Men det må være visse grenser for slik tidlig fullbyrdelse, på bakgrunn av at dette kan ha alvorlige konsekvenser for den det gjelder og videre påvirke hans forsvar i den kommende rettssaken. Domstolen anfører at vilkåret må være at det foreligger en rettferdig balanse

domstolsbehandling er i samsvar med konvensjonen er behandlet under kapittel 3, og jeg viser for så vidt til det som er sagt der.

²³⁹ Se sist Böhmer v Tyskland, dom av 3. oktober 2002 avsnitt 67

²⁴⁰ Dom av 23. juli 2002. For en grundig gjennomgang av dommen, se NOU 2003:7 s 57-58 og s 64 flg

(“fair balance”) mellom de involverte interesser. Dette er særlig viktig der fullbyrdelsen skjer på bakgrunn av en avgjørelse av et administrativt organ.²⁴¹

I den konkrete saken ble det lagt vekt på følgende momenter. For det første ble statenes finansielle interesser ikke funnet tilstrekkelig tungtveiende. Dette fordi tilleggsskatt ikke var betraktet som en ordinær inntektskilde for staten, men først og fremst hadde forebyggende og pønalt formål. Et mer sentralt moment var spørsmålet om eventuelt innkrevd tilleggsskatt i sin helhet kunne bli krevd tilbake, samt om den rettslige situasjon kunne gjenopprettes dersom klageren vant frem i den rettslige prøvingen. I den konkrete saken var forholdet imidlertid at ingenting faktisk var blitt innkrevd. Slik sett var det ingen problemer med en eventuell tilbakebetaling, og krenkelse ble ikke konstatert.²⁴²

Selv om denne saken gjaldt økonomiske straffer, kan man utlede visse generelle prinsipper fra dommen. Dette er for det første at foregrepet fullbyrdelse ikke i seg selv er i strid med konvensjonen. Men dette må holdes innefor visse rammer, der det avgjørende er om det foreligger en tilstrekkelig balanse mellom de involvertes interesser. Her må man både se på statenes interesser, samt hvorvidt en gjenoppretting av den rettslige situasjon er mulig. Her ser det ut som at desto mer alvorlig straffen er jo vanskeligere kan det være med en slik gjenoppretting. EMD uttaler om dette i Janosevic-saken:

”A system that allows enforcement of considerable amounts of tax surcharges before there has been a court determination of the liability to pay the surcharges is therefore open to criticism and should be subjected to strict scrutiny”.²⁴³

Endelig synes det klart at grensene for foregrepet fullbyrdelse må være særlig strenge der dette skjer på bakgrunn av en administrativ avgjørelse.

²⁴¹ Para 106

²⁴² Para 107-110

²⁴³ Para 108 i.f.

5.7 Nektelse av prøveløslatelse og foregrepet fullbyrdelse

Spørsmålet i det følgende er for det første om vi står overfor foregrepet fullbyrdelse der nektelse av prøveløslatelse etter strgjl § 42 er skjedd, og fangen samtidig ønsker å reise sak for domstolene. Avgjørende er om det gis oppsettende virkning i slike saker. Det andre spørsmålet er eventuelt om en slik praksis er i strid med kravene etter EMK art 6 (2).

Oppsettende virkning innebærer, for våre formål, at iverksettelsen av et forvaltningsvedtak utsettes i påvente av endelig dom. Dette betyr at dersom det gis oppsettende virkning ved behandlingen av spørsmålet om nektelse av prøveløslatelse, så skulle vedkommende bli prøveløslatt inntil spørsmålet er avgjort av domstolene.

Etter fvl § 42 kan det gis oppsettende virkning, enten etter at parten har reist søksmål eller dersom han akter å gjøre det. Det er det organ som har truffet vedtaket, som har kompetanse til å utsette iverksettelsen. Utsettelsen varer etter bestemmelsen til endelig dom foreligger. Dette betyr etter at dommen er formelt rettskraftig, jfr tvml § 161.

For vedtak om nektelse av prøveløslatelse etter strgjl § 42, ville en utsatt iverksettelse ha betydd at vedkommende beslutningsorgan hadde omgjort sitt eget vedtak og løslatt fangen. Det er derfor svært lite sannsynlig at slik oppsettende virkning vil bli gitt²⁴⁴.

En annen sak er at domstolene kan gi midlertidig forføyning etter begjæring fra parten, jfr tvangsfullbyrdsloven²⁴⁵ kap 15. Men etter mitt skjønn er det lite tenkelig at domstolene vil fatte et slikt vedtak. Rettspraksis på spørsmålet foreligger ikke. Men midlertidig forføyning i et tilfelle som dette ville jo hatt som konsekvens at vedkommende hadde fått prøveløslatelse, noe som jo i realiteten innebærer en omgjøring av forvaltningsvedtaket.

²⁴⁴ Det foreligger ingen forvaltningspraksis om spørsmålet, men min antagelse ble bekreftet i telefonsamtale med Justisdepartementet den 29. september 2003

²⁴⁵ lov om tvangsfullbyrdelse og midlertidig sikring av 26. juni 1992 nr 86

Konklusjonen på det ovennevnte må bli at det i saker om nektelse av prøveløslatelse normalt ikke vil bli truffet vedtak om utsatt iverksettelse eller avgjørelse om midlertidig forføyning.

Dette betyr at dersom man har blitt nektet prøveløslatelse og ønsker å bringe saken for domstolene, så vil man fortsette å sone så lenge saken varer. Det neste spørsmålet vi må se på er hvor lang tid domstolsbehandlingen vil ta. Vil en endelig domstolsavgjørelse komme før dommen er ferdig sonet?

Spørsmålet kan ikke besvares generelt. Situasjonen vil variere fra sak til sak. Saken vil normalt bli behandlet i ordinære former, med stevning, saksforberedelse, hovedforhandling og dom. Det er derfor grunn til å tro at saken vil ta noen tid. I saker med kortere dommer, vil derfor fangen ha sonet hele dommen fullt ut før saken i det hele tatt kommer opp. Ved dommer av lengre varighet kan det derimot tenkes at endelig dom vil foreligge før endt tid. I begge tilfellene er det imidlertid snakk om foregrepet fullbyrdelse.

Fangen vil altså i saker om prøveløslatelse etter strgl § 42 ha gjennomført store deler av ”straffen”, om ikke hele, før rettskraftig dom foreligger. Spørsmålet er så om en slik praksis er i samsvar med EMK art 6 (2).

Nektelse av prøveløslatelse innebærer fortsatt frihetsberøvelse. Frihetsberøvelse må anses som en alvorlig sanksjon hvor kravene til forholdsmessighet mellom interessene må være strenge. I dette tilfellet har ikke statene noen økonomiske interesser. Interessen er først og fremst knyttet til samfunnets behov for beskyttelse. Vi kan i for seg sammenligne med varetektsfengsel på grunnlag av gjentagelsesfare etter strprl § 171 første ledd nr 3 eller § 172. Forskjellen er imidlertid at fengslingen i dette tilfellet skjer på grunnlag av en domstolsavgjørelse. For fangen vil avgjørelsen kunne ha vidtrekkende konsekvenser, litt avhengig av hvor lang resttiden er og hvor lenge han faktisk blir holdt tilbake. Under enhver omstendighet vil ikke en etterfølgende rettslig prøving i hans favør kunne fullt ut gjenopprette den rettslige situasjon. Tapt frihet er uopprettelig. Vi har riktignok regler for erstatning ved ugyldige forvaltningsvedtak. Men slik erstatning er avhengig av en rekke vilkår, og følger ikke automatisk av at

vedtaket er ugyldig.²⁴⁶ Dessuten vil ikke en eventuell økonomisk kompensasjon under noen omstendighet fullt ut gjenopprette den rettslige situasjon. I Janosevic-saken gjaldt forholdet utelukkende økonomiske aspekter. Her vil det være enkelt å beregne hvilket tap klageren har hatt og erstatte/ tilbakebetale dette. Dette vanskelig ved frihetsberøvelse, som i sin natur er ikke-økonomisk.²⁴⁷

EMD har gjentatte ganger anført at rettighetene i EMK art 6 er særlig viktige i forhold til frihetsberøvelse.²⁴⁸ Videre tilsier formålet med EMK art 6(2), altså å hindre at uskyldige blir straffedømt, at man må være varsom med foregrepet fullbyrdelse av frihetsberøvelse. Når dette ikke kan gjenopprettes, vil fangen rent faktisk ha sonet (en del av) straffen. Han vil derfor uansett føle at han har blitt straffet. Og dette altså før han har blitt endelig dømt.

Etter strgjfl § 45 kan prøveløslatte gjeninnsettes dersom de begår nye straffbare handlinger i prøvetiden. Vi så i kapittel 2.4.2.2 at slik avgjørelse kun kan skje etter at det foreligger dom for at vedkommende er skyldig i de nye straffbare handlingene. Etter mitt skjønn er bakgrunnen for denne praksisen bl.a. å komme klar av kravene etter EMK art 6 (2). Det er videre min oppfatning at disse tilfellene har sterke likhetstrekk med nektelse av prøveløslatelse der dette skjer på bakgrunn av nye straffbare forhold. Dette trekker i retning av at man forut for nektelse av prøveløslatelse må kreve *dom* for at fangen er skyldig i de nye straffbare handlinger.

Samlet sett kan det ikke utelukkes at norsk rett på dette området vil kunne krenke konvensjonens bestemmelse om uskyldspresumsjonen.

²⁴⁶ For en nærmere redegjørelse av forvaltningens erstatningsansvar, se Graver (2002) s 506 flg og Eckhoff/Smith (2003) s 447 flg

²⁴⁷ Det kan i denne sammenheng nevnes at Tilleggsskatteutvalget i NOU 2003:7 ikke finner grunnlag for å endre reglene om innkreving av tilleggsskatt etter skattebetalingsloven §§ 32 og 33. Bakgrunnen er at det i norsk rett finnes garantier for tilbakebetaling av innbetalt skatt, samt at de alminnelige erstatningsreglene vil kunne fange opp annet økonomisk tap, se s 141-142.

²⁴⁸ Se bl.a. Ezech and Connors v UK, hvor det ble uttalt at det er en presumsjon for at frihetsberøvelse tilhører "the criminal sphere", para 95.

5.8 Oppsummering og forslag til endringer

Etter en vurdering av bevisbyrden og beviskravene i saker om nektelse av prøveløslatelse etter strgfjl § 42, er det ikke grunnlag for å slutte at hvert av forholdene isolert sett vil kunne medføre krenkelse av konvensjonen. Situasjonen blir en annen når vi ser disse forholdene i sammenheng, og samtidig tar i betraktning at det er fangen som har søksmålsbyrden. Vi kan ikke utelukke at det på dette grunnlag vil bli konstatert krenkelse. En eventuell endring kan bestå i at beviskravene ved slike saker harmoniseres med straffeprosessens, slik enkelte teoretikere har tatt til orde for. I tillegg bør også bevisbyrden, her som ellers ved straffesaker, legges på det offentlige. Lovhjemmel finnes for så vidt allerede i EMK art 6 (2), jfr mrl § 3.

Når det gjelder spørsmålet om foregrepet fullbyrdelse, skaper dette de klareste problemene i forhold til EMK art 6 (2). Her kan det tenkes ulike endringer for å bringe praksis i samsvar med konvensjonen. Den første, og mest åpenbare, er å gi søksmål oppsettende virkning. Vilkåret for slik utsatt fullbyrdelse måtte i tilfelle være at vedtaket er begrunnet i at fangen har begått disiplinærbrudd eller det foreligger anmeldelse eller tiltale for straffbare handlinger. Da ville straffen kommet som en konsekvens av en dom, og ikke kun på bakgrunn av en forvaltningsavgjørelse. Dette ville medføre at fangen ble prøveløslatt inntil domstolene hadde tatt endelig stilling til spørsmålet.

Det er visse uheldige konsekvenser knyttet til en slik ordning. For det første ville fangen bli prøveløslatt på tross av usikkerheten rundt hvorvidt dette er utilrådelig eller ikke. På den annen side snakker vi her om vedtak begrunnet i at fangen har begått en ”criminal offence”, og der dette er det vesentlige moment i utilrådelighetsvurderingen. Dersom fengselsmyndighetene mener det foreligger risiko for at fangen vil begå kriminelle handlinger i prøvetiden, må de anmode påtalemyndigheten om å begjære varetektsfengsling. Da ville man uansett få en vurdering av gjentakelsesfaren, men denne gang av en domstol. Varetekt ville på en slik måte kunne avhjelpe de uheldige konsekvensene ved oppsettende virkning.

For det andre er det en fare for at fanger kan fremprovosere en prøveløslatelse ved stadig å angripe vedtaket med søksmål. Dette kunne føre til en mindre effektiv håndheving av reglene for nektelse av prøveløslatelse. På den annen side er det allerede i dag svært få slike saker som kommer for domstolene. Det at vedtak ikke gis

oppsettende virkning, er bare delvis forklaringen. Andre forhold, for eksempel det at fangen har søksmålsbyrden, vil fortsatt være til stede. Det vil derfor ikke nødvendigvis innebære en drastisk økning i søksmålsmengden. I tillegg må man veie dette opp mot de rettssikkerhetsgarantier man vinner ved en slik endring. Sett i dette perspektivet bør man ikke legge for stor vekt på de prosessøkonomiske hensyn.

En annen løsning kan være å opprettholde den praksisen man har i dag, men i større grad å gi mulighet for erstatning for ugyldig vedtak om nektelse av prøveløslatelse. Som nevnt er vilkårene for dette i dag strenge, og slik sett lite egnet til å gjenopprette den rettslige situasjon. En ordning tilsvarende reglene for erstatning i anledning forfølgning i strprl kap 31, kunne være en løsning. Et motargument er at dette under ingen omstendighet fullt ut vil kompensere for tapt frihet.

En siste løsning kunne være å gi muligheter for å bringe saken inn for tingretten. En slik løsning er omtalt under punkt 3.2.4, og jeg viser for så vidt til det som er sagt der. Det fremgår der at tingrettsbehandling kan være en egnet måte å sikre retten til "access to court". Tilsvarende vil en slik ordning kunne bøte på de problemer foregrepet fullbyrdelse skaper i forhold til uskyldspresumsjonen.

6 Nektelse av prøveløslatelse og forbudet mot dobbelt straffeforfølgning

6.1 Innledning

De handlinger som kan føre til nektelse av prøveløslatelse etter strgfjl § 42, kan samtidig være straffbare etter alminnelig norsk strafferett. Vedtak om nektelse av prøveløslatelse har ikke negativ materiell rettskraft overfor senere straffesak om det samme forhold etter strprl § 51. Tilleggsprotokoll 7 til EMK (P7), derimot, inneholder et forbud mot å bli straffeforfulgt to ganger for det samme straffbare forhold, jfr art 4.

Dersom tiltale blir reist for det samme forhold som fangen er nektet prøveløslatelse for, blir det spørsmål om ikke straffesaken må avvises etter P7 art 4. Spørsmålet er med andre ord om et vedtak om nektelse av prøveløslatelse på bakgrunn av en straffbar handling har negativ materiell rettskraft etter denne bestemmelsen.

Før vi ser nærmere på denne problemstillingen, skal vi redegjøre for vilkårene for at en avgjørelse har negativ materiell rettskraft etter P7 art 4 nr 1.

6.2 EMK P7 art 4

P7 art 4 nr 1 inneholder et forbud mot å bli straffet eller straffeforfulgt to ganger for det samme forholdet. Formålet med bestemmelsen er først og fremst å sikre forutberegnelighet; er man endelig straffet eller frifunnet, skal man kunne legge til grunn at saken dermed er avsluttet. Riktignok er det visse modifikasjoner i P7 art 4 nr 2, men de går jeg ikke nærmere inn på her.

Kjernespørsmålet er hvilke avgjørelser som har negativ materiell rettskraft, og hvor langt rettskraften strekker seg. I norsk rett vil spørsmålet derfor først og fremst komme opp som en anførsel om avvisning. I det følgende skal vi først se nærmere på hvilke krav P7 art 4 stiller til den sperrende avgjørelsen/ prosessen. Dette er et spørsmål om hvilke avgjørelser som har negativ materiell rettskraft etter konvensjonen. Deretter går vi over til å behandle den prosessen som det eventuelt er aktuelt å avvise. Dette er et spørsmål om rettskraftens omfang; dels hvilke avgjørelser rettskraften omfatter, og dels hva som ligger i at forfølgningen må gjelde samme forhold.²⁴⁹

6.2.1 Negativ materiell rettskraft etter P7 art 4

For at vi skal stå overfor en sperrende straffeforfølgning i konvensjonens forstand, må dette være skjedd ”in accordance with the law and penal procedure of that State”. Umiddelbart ser det ut til at det er opp til hver enkelt stat å angi hvilke avgjørelser som

²⁴⁹ For en generell gjennomgang av bestemmelsen, se Skoghøy (2003)

skal ha negativ materiell rettskraft etter bestemmelsen. I norsk rett ville det i så fall kun vært de avgjørelser som ble fattet i medhold av reglene i straffeprosessloven som ville sperret for senere straffeforfølgning. Dette ble lagt til grunn av Høyesterett i Rt 2000 s 996. En slik tolkning stiller imidlertid statene meget fritt i forhold til det internasjonale tilsynet, og harmonerer dårlig med EMD's vekt på autonome begreper og standarder. I *Göktan v Frankrike*²⁵⁰ ble det uttalt at straffebegrepet er det samme uavhengig av hvilken av konvensjonens bestemmelser det gjelder. Dette innebærer at dersom vi står overfor en "criminal charge" etter EMK art 6, så vil behandlingen av siktelsen samtidig være straffeforfølgning etter P7 art 4 nr 1 i.f. Man kan i og for seg si at dette var slått fast allerede i *Fisher v Østerrike*.²⁵¹ Her hadde klageren først blitt ilagt bot av administrative myndigheter, for deretter å ha blitt dømt for det samme forholdet i en etterfølgende straffesak.²⁵² EMD uttalte her at det var uten betydning at den administrative sanksjonen kom først, noe som skulle bety at den første avgjørelsen ikke trenger å være fremkommet i straffesaks former etter intern rett. Denne dommen var også tillagt stor vekt i Rt 2002 s 557, der flertallet avviste en straffesak på bakgrunn av at tiltalte tidligere var ilagt tilleggsskatt av ligningsmyndighetene.²⁵³

Men det er ikke tilstrekkelig at det har vært foretatt en straffeforfølgning. Vedkommende må være "finally acquitted or convicted". Dette innebærer for det første at han må være dømt eller frifunnet. For eksempel vil en henleggelse fra påtalemyndighetens side ikke omfattes, fordi siktede i dette tilfellet verken er dømt eller frifunnet. I motsetning til hva som gjelder for sak nr 2, er altså ikke selve forfølgningen her tilstrekkelig. Det tilsvarende må gjelde for administrativ behandling. Det må enten være ilagt en sanksjon, eller så må vedtaket gå ut på at sanksjon ikke ilegges. Hvorvidt

²⁵⁰ Dom av 2.juli 2002

²⁵¹ Dom av 29. mai 2001

²⁵² For vurderingen av "same offence" i saken, se nedenfor

²⁵³ Det bør her nevnes at mindretallet, anført av dommer Skoghøy, var meget kritisk til flertallets tolkning av Fisher-dommen. De mente at dommen ikke kunne tas til inntekt for et slikt syn, på bakgrunn av særlige forhold ved det østerrikske systemet med "Verwaltungsübertretung". For dommer Skoghøy kom derfor det rettskildemessige grunnlaget for et konvensjonskonformt straffebegrep først med *Göktan*-dommen. Dette standpunktet er så gjentatt av Høyesterett i flere saker senere, bl.a. Rt 2002 s 1216, Rt 2002 s 1271 og Rt 2003 s 264

det sist nevnte vedtaket begrunnes med at han ikke har utført handlingen(e) eller at skyldkravet ikke er oppfylt, er irrelevant. Men det må dreie seg om en frifinnelse.

Avgjørelsen som dømmer eller frifinner må videre være endelig ("finally"). Når avgjørelsen er endelig er søkt forklart i Explanatory Report til P7 art 4. Her heter det at en avgjørelse er "finally" når avgjørelsen ikke lenger kan omgjøres eller angripes med ordinære rettsmidler ("ordinary remedies").²⁵⁴ Normalt sammenfaller dette med formell rettskraft i strprl § 50. For forvaltningsavgjørelser har vi ikke regler om formell rettskraft. Men vi taler allikevel om *endelige* avgjørelser. Hovedregelen må være at avgjørelsen blir endelig når klagefristen er utløpt eller når alle de ordinære klagemulighetene er uttømt.²⁵⁵

6.2.2 Krav til sak nr 2

Vi har i det foregående sett hvilke avgjørelser som har negativ materiell rettskraft etter P7 art 4. I dette avsnittet skal vi se nærmere på hvor langt rettskraften strekker seg. Spørsmålet er hvilke krav som stilles til sak nr 2.

Sak nr 2 må for det første være behandlet i "criminal proceedings". Dette uttrykket er et annet enn det som brukes om den sperrende avgjørelsen, og det er derfor grunn til å spørre om det samtidig er noen realitetsforskjell. Mindretallet i Rt 2002 s 557 la til grunn at hva som er "criminal proceedings" i det vesentlige sammenfaller med avgjørelser av "criminal charge", mens dette ikke var tilfellet for den sperrende avgjørelsen. Etter Göktan-saken legger EMD, som nevnt, til grunn et konvensjonskonformt straffebegrep. Dette er fulgt opp i flere avgjørelser fra Høyesterett²⁵⁶ og bl.a. NOU 2003:15. Det må derfor legges til grunn at det ikke foreligger noen forskjell mellom arten av den første og den andre forfølgningen. Jeg viser derfor til det som er sagt under forrige punkt om dette.

²⁵⁴ Explanatory Report on Protocol No. 7, punkt 29 jfr punkt 22

²⁵⁵ Se Skoghøy (2003) s 20-21

²⁵⁶ Se note 253

Vi så at den første avgjørelse må være en endelig frifinnelse eller dom. Det denne avgjørelsen hindrer er imidlertid både etterfølgende straff ("punishment") og forfølgning ("tried"). Det at den sperrer mot senere forfølgning innebærer at ny sak for domstolene (enten gjennom tiltalebeslutning eller sivilt søksmål over en administrativ avgjørelse) skal avvises.

Men rettskraften knytter seg bare til *gjentatt* forfølgning eller straff ("again"). Ordlyden taler for at parallell forfølgning ikke er i strid med konvensjonen. Dette er fulgt opp i EMD's avvisningsavgjørelse av 30. mai 2000.²⁵⁷ Den nærmere grensedragningen er imidlertid mer usikker. Som nevnt i NOU 2003:15, oppstår problemet først og fremst der ulike sanksjoner blir ilagt av ulike organer, for eksempel av fengselsmyndighetene og domstolene. I Rt 2002 s 557 ble det tilbakevist at det er tilstrekkelig til å komme klar av forbudet at den nye forfølgningen er innledet før den første er endelig. Flertallet uttaler at "en slik forståelse (...) ville klart bryte med det som må ha vært forutsatt så vel i Gradinger- som i Fischer- dommen, og det ville gi et meget begrenset vern mot dobbeltforfølgning." Mindretallet er enig i dette, og har etter mitt skjønn en bedre begrunnelse: "Protokoll 7 artikkel 4 nr 1 beskytter ikke bare mot ny forfølgning, men også mot at vedkommende blir straffet på nytt." På dette grunnlaget anfører mindretallet videre at forbudet ikke kommer til anvendelse der "den nye eller parallelle forfølgning har kommet så langt at det er truffet vedtak om sanksjon i første Instans før den sperrende avgjørelse ble rettskraftig." Flertallet tok ikke stilling til den siste problemstillingen, men en slik løsning har gode grunner for seg.

Det som imidlertid synes klart, er at det ikke er tale om gjentatt forfølgning eller straff der den siste sanksjonen er en forlengelse eller en direkte konsekvens av den første forfølgningen. Dette var tilfellet i Rt 2002 s 1216, som gjaldt inndragning av førerkort etter vegtrafikkloven § 33 nr 2. Forbudet mot dobbeltforfølgning kom derfor ikke til anvendelse.

Et moment i vurderingen av hvorvidt det foreligger gjentatt forfølgning, er hensynet til forutberegnelighet. P7 art 4 har som formål å "prohibit the repetition of criminal

²⁵⁷ R.T. v Sveits

proceedings which have been concluded by a final decision.”²⁵⁸ Et hensyn er lovovertrederens legitime forventning om å kunne legge en sak bak seg. Ved parallell forfølgning slår ikke dette hensynet til. Det er imidlertid vanskelig ut i fra dette hensynet å trekke grensen mellom parallell og gjentatt forfølgning. Det kan i tvilstilfeller derfor være grunn til å se hen til hva som er vanlig praksis. I Rt 2002 s 1216 ble det således lagt vekt på at det var vel kjent at inndragning av førerkort var en vanlig konsekvens av promillekjøring.

6.2.3 Den nye saken må gjelde samme forhold

Det er ikke tilstrekkelig at det dreier seg om en ny straffesak. Saken må gjelde samme straffbare forhold. Problematikken om hva som er samme straffbare forhold, er velkjent også fra norsk strafferett og straffeprosess. Grensedragningen har betydning både for forholdet mellom tiltalebeslutning og dom, jfr strprl § 38, samt for den materielle rettskraft etter strprl § 52. Problemet kommer på spissen i flere tilfeller. Der gjerningsmannen har begått flere lovbrudd ved forskjellige handlinger (realkonkurrens), er det springende punkt hvorvidt man står overfor en fortsatt overtredelse. Først dersom det er tilfelle kan forbudet mot dobbelt straffeforfølgning bli anvendelig. En annen situasjon er der det er overtrådt flere straffbare handlinger i en og samme handling (idealkonkurrens). Det er særlig der handlingen overtrer ulike straffebud (ulikeartet idealkonkurrens) at forholdet til P7 art 4 kan være problematisk. Det er ikke gitt at den internrettslige løsningen på spørsmålet samsvarer med konvensjonen.

EMD aksepterer at straffebud kan anvendes i idealkonkurrens. I *Oliveira v Sveits*²⁵⁹ ble det ikke konstatert krenkelse, begrunnet i at det her var tale om ”a single act constituting various offences.” Dette standpunktet ble deretter fulgt opp på generelt grunnlag i *Fischer-saken*.²⁶⁰ Men selv om det er snakk om idealkonkurrens i intern rett, vil EMD uansett vurdere om det er snakk om samme forhold etter P7 art 4. I *Fischer-saken* er dette uttrykt slik: ”the Court has to examine whether or not such offences have the same

²⁵⁸ Jfr uttalelse i *Gradinger v Østerrike*, A 328 C (1995)

²⁵⁹ RJD 1998 s 1990

²⁶⁰ Para 25

essential elements.” Uttalelsen viser at det sentrale vurderingstemaet er om det er noen *vesensforskjell mellom de straffebudene* det er aktuelt å anvende.

Spørsmålet er om dette knytter seg kun til de objektive vilkår for straff, eller om også de subjektive straffbarhetsvilkårene i det vesentlige må være de samme. I Rt 2002 s 497 uttaler et enstemmig flertall at vurderingen ”først og fremst (må) skje på grunnlag av en sammenligning av den objektive gjerningsbeskrivelse i de aktuelle straffebud.” Denne uttalelsen er fulgt opp bl.a. i Rt 2003 s. 394 (avsnitt 28): ”avgjørende vekt må legges på de objektive gjerningsbeskrivelsene i de aktuelle straffebud.” I høyesteretts kjennelse av 28. februar 2003 er det imidlertid uttalt at også de subjektive straffbarhetsvilkår kan ha en viss betydning. Etter mitt skjønn vil forskjell i de subjektive straffbarhetsvilkårene kunne få betydning i tvilstilfeller.

Ved vurderingen av hvorvidt den objektive gjerningsbeskrivelsen er den samme i to ulike straffebud, er det også av betydning hvilket formål straffebudene er satt til å beskytte. I norsk rett er det av stor betydning hvilken interesse straffebudene beskytter.²⁶¹ Det kan imidlertid synes som om dette momentet har mindre vekt i forhold til P7 art 4. I *Gradinger v Østerrike* ble to straffebud ansett som samme handling (”same conduct”), til tross for at de ivaretok ulike formål. Det samme var tilfellet i *Fischer-saken*. Her var det snakk om en bestemmelse som vernet hensynet til trafikksikkerhet og en bestemmelse som vernet den personlige integritet. Selv om altså formålet var ulikt, ble straffebudene ansett å omhandle samme forhold.²⁶²

²⁶¹ Jfr Rt 1980 s 360

²⁶² Saksforholdet minner mye om Rt 1980 s 360, der den såkalte ”interesselæren” førte til at promillekjøring og uaktsomt drap ble ansett som to ulike straffbare forhold, og altså ikke kunne pådømmes i samme sak når tiltalen bare omhandlet det ene straffebudet, jfr strprl § 38. Det kan hende at resultatet ville ha blitt et annet i dag.

6.3 Nektelse av prøveløslatelse og negativ materiell rettskraft etter EMK P7 art 4 nr 1

6.3.1 Penal procedure

For at en avgjørelse skal ha negativ materiell rettskraft etter P7 art 4 nr 1, må det for det første dreie seg om straffeforfølgning i straffesaks former ("penal procedure"). Vedtak etter strgfjl § 42 er etter norsk rett et forvaltningsvedtak, og behandles følgelig ikke etter reglene i straffeprosessloven. Men her, som ellers, opererer EMK med autonome begreper, og det er ikke slik at den nasjonale betegnelsen er ubetinget avgjørende. Administrative avgjørelser kan ha rettskraftsvirkninger etter P7 art 4. Vilåret er da at det dreier seg om straffeforfølgning. Etter *Göktan v Frankrike* må det videre legges til grunn at dersom det dreier seg om en "criminal charge" etter EMK art 6, så er behandlingen av siktelsen en straffesak etter P7 art 4.²⁶³

I kapittel 2.4 så vi at nektelse av prøveløslatelse etter strgfjl § 42 på grunnlag av grove disiplinærbrudd og mistanke om straffbare handlinger kan være "criminal charge" etter EMK art 6. Behandlingen av saken vil for så vidt være "penal procedure" etter P7 art 4. Den følgende drøftelse vil være begrenset til disse tilfellene.

6.3.2 Finally acquitted or convicted

Det er ikke tilstrekkelig at det dreier seg om en straffesaksbehandling. Avgjørelsen må i tillegg være endelig frifinnende eller dømmende ("finally acquitted or convicted"). For at en forfølgning som har karakter av straffeforfølgning *ikke* skal anses endelig, må det være tale om midlertidige rettergangsskritt under etterforskning. Problemstillingen kan formuleres slik: Innebærer nektelse av prøveløslatelse for disiplinærbrudd eller mistanke om straffbare forhold et midlertidig rettergangsskritt under etterforskning?²⁶⁴ I

²⁶³ Se også uttalelse i Høyesteretts kjennelse av 22.desember 2003, avsnitt 63

²⁶⁴ Problemstillingen er formulert tilsvarende i Høyesteretts kjennelse av 22. desember 2003, avsnitt 61, se også Skoghøy (2004). I Rt 2003 s 1221 ble problemstillingen formulert annerledes. Spørsmålet var om de *underliggende straffbare forhold* ble endelig avgjort ved ileggelse av konkursskatten. At det er dette som er problemstillingen, har blitt sterkt kritisert av Skoghøy (2004), og ble altså i realiteten fraveket ved kjennelsen av 22. desember 2003.

denne vurderingen må vi sondre ettersom nektelsen gjelder disiplinærbrudd eller mistanke om straffbare forhold. Disiplinærbruddene først.

6.3.2.1 Nektelse på grunnlag av disiplinærbrudd

Det er på det rene at avgjørelsen om å nekte prøveløslatelse er et endelig vedtak i forvaltningsrettslig forstand. Dette er imidlertid ikke avgjørende. Spørsmålet er om nektelsen har et slikt formål og en slik sammenheng med etterforskningen at vedtaket må anses som et midlertidig rettergangsskritt under etterforskningen av straffesaken.

Nektelsen skjer i disse tilfellene på grunnlag av ”dokumenterte disiplinærbrudd”. Vi så ovenfor under kapittel 2.4.2.1 at dette innebærer at kriminalomsorgen har tatt stilling til hvorvidt de subjektive og objektive vilkår for å ilegge reaksjon etter strgfjl § 40 er oppfylt. Det som kompliserer er at forholdet normalt også vil bli anmeldt til politiet.²⁶⁵ Det kan hevdes at dette fratar avgjørelsen karakter av å være endelig. Men vedtaket står helt på egne ben i forhold til en eventuell senere etterforskning fra påtalemyndighetens side. Nektelsen er en fengselsmessig sanksjon på grunnlag av atferd under soning.

Et hovedformål bak forbudet mot dobbelt straffeforfølgning er å ”prohibit the repetition of criminal proceedings which have been concluded by a final decision”.²⁶⁶ Når straffbare handlinger som hovedregel skal anmeldes til politiet, må man anta at fangen er klar over dette. I et slikt perspektiv har han ingen forventning om at saken er endelig avsluttet, i den forstand at straffeforfølgning ikke vil finne sted.²⁶⁷

Men man må ikke tillegge forventningsmomentet for stor vekt. I Rt 2002 s 557 uttaler flertallet i Høyesterett følgende:

”Dette formålet går ikke først og fremst på forutberegnelighet og sikkerhet for at man har lagt forfølgningen endelig bak seg. Hvis et lovbestemt system åpner for

²⁶⁵ Se retningslinjene punkt 3.43 til strgfjl § 40

²⁶⁶ Se bl.a. Gradinger v Østerrike A 328 C (1995) para 53

²⁶⁷ Forventning om endelig avsluttet sak er sterkt betonet av Eriksen (2001), som mener at ”et dobbeltsporet system som er fornuftig begrunnet, lovbestemt og forutsigbart faller ikke naturlig under de hensyn som rettskraftsreglene skal beskytte”. (s 194)

dobbeltforfølgning, vil det ut fra intern rett være forutberegnelig - etter omstendighetene kanskje også sikkert - at man vil bli utsatt for ytterligere forfølgning. Men formålet - å verne mot ytterligere forfølgning hvor det er truffet en endelig avgjørelse - slår også til hvor det etter det nasjonale system legges opp til et nytt spor med en annen sanksjon basert på i det vesentlige samme grunnlag. Man kan si at det er nettopp slike systemer som artikkel 4 i Protokoll 7 skal forhindre. Etter min mening slår dette formålet like godt til hvor den første og stoppende avgjørelsen er en administrativ reaksjon som hvor den er en straffedom.”²⁶⁸

Det kan etter dette se ut til at hensynet til forutberegnelighet ikke kan tillegges vekt når det nasjonale systemet nettopp legger opp til dobbelt forfølgning. Det sentrale er å beskytte mot ytterligere forfølgning når det er truffet en endelig avgjørelse. Dette standpunktet er fulgt opp i NOU 2003:7 om tilleggsskatt. Til spørsmålet om det er adgang til å opprettholde parallelle sanksjonssystemer på tilleggsskattens område, sies det: ”Forutsatt at det dreier seg om samme forhold, kan et brudd på opplysningsplikten ikke lenger sanksjoneres med både en tilleggsskatt ilagt administrativt og straff ilagt av domstolene.”²⁶⁹

Det kan her innvendes at tilleggsskatttilfellene skiller seg fra saker om nektelse av prøveløslatelse. Ved tilleggsskatt skal den administrative sanksjon og straffen i det vesentlige ivareta samme formål. Når det gjelder nektelse av prøveløslatelse kan det anføres at denne avgjørelsen ivaretar mer fengselsmessige hensyn, mens den senere straff skal ivareta samfunnets behov for å sanksjonere uønskede handlinger. Man kunne derfor hevde at det foreligger et særlig behov for både å holde tilbake fangen utover to tredjedels tid og straffe vedkommende.

Slike betraktninger er etter mitt skjønn irrelevante i forhold til spørsmålet om avgjørelsen er ”finally” etter P7 art 4. Bestemmelsen beskytter mot å bli straffeforfulgt på nytt for det samme forhold. Det er intet i EMK som er til hinder for at statene ilagge flere straffesanksjoner for ett og samme forhold, jfr for så vidt Rt 2002 s 1216. Forutsetningen er da at den andre sanksjonen ikke blir ilagt etter en *ny* straffeforfølgning. Det er derfor fullt mulig å ivareta nevnte behov uten å komme i konflikt med konvensjonen, så lenge statene sørger for å gjøre dette i en og samme prosess.

²⁶⁸ Rt 2002 s 557 avsnitt 8

²⁶⁹ s. 155

Samlet sett finner jeg det naturlig å si at fangen er endelig ”convicted” ved å bli nektet prøveløslatelse for grove disiplinærbrudd, uavhengig av om det tidligere er ilagt reaksjon etter strgfvl § 40 for overtreddelsene.

6.3.2.2 Nektelse på grunnlag av mistanke om straffbare handlinger

Ved nektelse på grunnlag av mistanke om straffbare handlinger foreligger det allerede en tiltalebeslutning fra påtalemyndighetens side. Det er jo nettopp på bakgrunn av denne at nektelsen skjer, ofte etter en anmodning fra påtalemyndigheten. En måte å se dette på, er at vedtaket er et midlertidig rettergangsskritt mens man venter på at straffesaken skal komme opp, et slags varetektssurrogat.²⁷⁰

Selv om nektelsen i disse tilfeller har flere likhetstrekk med varetektsinstituttet, er det også flere forskjeller. Dersom siktede blir domfelt etter å ha sittet i varetekt, går denne tiden til fratrekk i den nye dommen, jfr strprl § 460. I tillegg er det regler om erstatning i anledning av forfølgning i strprl kap. 31. Blir fangen derimot domfelt etter å ha sonet utover to tredjedels tid for det samme forhold, har vi ingen bestemmelser om reduksjon i straffen. Riktignok skal flere dommer legges sammen ved beregningen av to tredjedels tid dersom disse gjennomføres i sammenheng, jfr retningslinjene til strgfvl § 42 punkt 3.45.2. Dette gjelder derimot kun dersom fangen blir domfelt før full tid er sonet på den første dommen. I tillegg innebærer ikke en slik regel nødvendigvis noen reduksjon i soningen. I Borgarting lagmannsretts dom av 30. oktober 2003, ble det imidlertid gitt ”skjønnsmessig utslag i straffutmålingen” som følge av utholdt resttid. Jeg kan ikke se at dette på langt nær tilsvarte de åtte månedene vedkommende hadde sonet utover tidspunktet for prøveløslatelse. Under enhver omstendighet tilsvarer ikke dette fratrekket ved varetekt, som jo omfatter hele varetektstiden, jfr strprl § 460.

²⁷⁰ Se til illustrasjon dom av 30. oktober 2003 fra Borgarting lagmannsrett, hvor restsoning på grunnlag av tiltale for nye straffbare forhold ble ansett som varetektssurrogat.

Endelig har vi ikke regler for erstatning dersom det skulle vise seg at den nye straffesaken henlegges, eventuelt at han blir frifunnet for det nye forholdet. Man må i stede falle tilbake på reglene om det offentliges erstatningsansvar.²⁷¹

Problemstillingen kan sammenliknes med problemstillingen i Rt 2003 s 1221.

Spørsmålet var her om ilagt konkurskarantene etter konkursloven § 142 første ledd nr 1 og 2 stengte for senere straffesak om de samme forhold. Konkursloven § 142 første ledd nr 1 hjemler konkurskarantene der konkursdebitor med skjellig grunn mistenkes for straffbare handlinger i tilknytning til konkursen. Vilkåret er i stor grad det samme som for nektelse av prøveløslatelse på grunnlag av mistanke om straffbare handlinger. Høyesterett vurderte om man kunne si at vedtaket om konkurskarantene innebar en endelig avgjørelse av de forhold som mistanken knyttet seg til. Konklusjonen var at denne avgjørelsen ikke var endelig i konvensjonens forstand. Høyesterett begrunner dette dels med at "skjellig grunn" ikke tradisjonelt sett innebærer noe akseptert skyldkrav for domfellelse, at formålet bak konkurskarantenen taler imot og at saksbehandlingsreglene er uegnet som grunnlag for å avgjøre hvilke konkrete straffbare handlinger som kan sies å være endelig avgjort.²⁷²

Den rettslige situasjon er imidlertid noe annerledes ved nektelse av prøveløslatelse. Formålet bak konkurskarantene er å hindre at konkursdebitor fortsetter å utnytte selskapsformen til misligheter eller andre uheldige formål. Det er en sammenheng mellom karantenen og straffereaksjonene, bl.a. ved at påtalemyndigheten kan begjære forlenget karantenetid inntil rettskraftig dom foreligger, jfr konkursloven § 143 annet ledd. I tillegg skal konkurskarantenen oppheves dersom politiet frafaller straffesiktelsen, jfr Rt 2002 s 789. I regelverket knyttet til strgjfl § 42, er det ikke lagt opp til en slik samhandling mellom etterforskningen og nektelsen. Nektelse skal skje på bakgrunn av at prøveløslatelse vil være "utilrådelig". Avgjørelsen har ikke som formål å styrke eller sikre etterforskningen eller å hindre gjentakelse av straffbare handlinger *under etterforskningen*. Riktignok må det antas at prøveløslatelse kan oppnås etter en fornyet vurdering dersom tiltalen frafalles. Men en slik fornyet vurdering trenger etter regelverket ikke skje umiddelbart; for dommer på over tolv år skal vurderingen skje

²⁷¹ Som vi så i kapittel 5.7, skal det mye til for at slik erstatning tilkjennes.

²⁷² Rt 2003 s 1221 avsnitt 42-45

senest innen ett år etter to tredjedels tid, jfr forskriften § 3-41 andre ledd. Slik sett står vedtaket om nektelsen i større grad på egne ben enn hva tilfelle er ved konkurskarantene.

Under enhver omstendighet kan det reises spørsmål ved hvilken vekt denne kjennelsen har for vår problemstilling. Høyesterett er tilbakeholdne med å konkludere med at P7 art 4 nr 1 ikke er anvendelig på dette grunnlag. Dette begrunner de med at praksis fra EMD er mangelfull hva angår ”finally...convicted”. De drøfter deretter alternativt spørsmålet om konkurskarantene likevel er ”straff” etter konvensjonen. Dette betyr at drøftelsen omkring ”finally...convicted” bærer preg av å være obiter dictum, og at løsningen ikke er ubetinget sikker. Argumentasjonen til Høyesterett har også blitt kritisert i teorien. Høyesterettsdommer Skoghøy mener

”dersom forfølgningen har karakter av straffeforfølgning, og det ikke er tale om et midlertidig rettergangsskritt under etterforskning, vil sperrevirkningen inntre når forfølgningen er avsluttet med en endelig avgjørelse.”²⁷³

Skoghøy mener at avgjørelsen bør bli påklagd til EMD, fordi konkurskarantene ikke kan anses som et midlertidig rettergangsskritt. Endelig ser det ut til at Høyesterett har tatt avstand fra argumentasjonen i kjennelsen i en senere kjennelse av 22. desember 2003.

Gode grunner taler for at ny kriminalitet må kunne være et relevant hensyn i utilrådelighetsvurderingen, i tillegg til at straffeforfølgning iverksettes. Dette hensynet må imidlertid veies opp mot hensynet til ikke å bli straffet to ganger for det samme forholdet. Mistanke om straffbare handlinger blir her brukt som grunnlag for en selvstendig avgjørelse som innebærer frihetsberøvelse. Det er dette som gir vedtaket karakter av å være endelig. Det er ikke noe i veien for at man iverksetter to separate prosesser, så lenge bare en av dem munner ut i en ”finally conviction”. Det er med andre ord ikke utilrådelighetsvurderingen som sådan som eventuelt er konvensjonsstridig, men det tilfellet at de to prosessene ikke er samkjørt.

²⁷³ Skoghøy (2004)

Etter dette mener jeg det ikke er naturlig å si at nektelse av prøveløslatelse på grunnlag av mistanke om straffbart forhold er et midlertidig rettergangsskritt. Jeg legger da særlig vekt på den selvstendige stilling vedtaket har i forhold til etterforskningen, at Høyesterett reserverer seg i forhold til ”finally..convicted” i konkursskarantene-kjennelsen samt at denne kjennelsen er kritisert fra autoritativt hold.²⁷⁴

6.3.3 Når vedtaket blir endelig

Det neste spørsmålet er *når* vedtaket om nektelse av prøveløslatelse blir endelig. Etter forvaltningslovens regler blir et vedtak endelig når klagefristen er utløp, jfr strgjfl § 7 litra e, eller når alle de ordinære klagemulighetene er uttømt, jfr strgjfl § 6.

Riktignok har overordnet organ en viss adgang til å omgjøre vedtaket av eget tiltak. Men denne omgjøringsadgangen er intet ordinært rettsmiddel i konvensjonens forstand. Det må derfor antas at et forvaltningsvedtak kan bli endelig uavhengig av forvaltningens omgjøringsadgang.

Det neste spørsmålet er om rettskraften av et forvaltningsvedtak knytter seg til klagefrist og klagemuligheter, eller om også søksmålsfrister og uttømming av sivilprosessuelle rettsmidler omfattes. Problemstillingen er berørt, men ikke avgjort, i Rt 2002 s 557. I NOU 2003:15 uttales det at løsningen er usikker, men at ”klagefristen er det mest håndterlige kriteriet for når en administrativ avgjørelse er endelig.” Jeg er enig i at dette tidspunktet er det mest håndfaste, generelt sett. Men det enkelte forvaltningsorgan kan fastsette søksmålsfrist på seks måneder etter tvml § 437. Hvor ofte dette gjøres, har jeg derimot ingen opplysninger om. Videre kan særlovgivningen ha bestemmelser om søksmålsfrister. Selv om søksmål om gyldigheten av forvaltningsvedtak er relativt sjelden hos oss²⁷⁵, er det uansett et ordinært rettsmiddel i konvensjonens forstand. Der

²⁷⁴ Under forutsetning av at nektelse av prøveløslatelse anses som et midlertidig rettergangsskritt, må det være fordi det reelt sett dreier seg om varetekt. Det følger da av EMK art 5 (1), jfr 5 (3), at fangen har krav på å ”be brought promptly before a judge”. Denne rettigheten er åpenbart ikke oppfylt i disse tilfellene, slik at krenkelse under enhver omstendighet vil bli resultatet på dette punkt.

²⁷⁵ Se Eckhoff/ Smith (2003) s 477

søksmålsfrister er gitt, enten gjennom lovgivningen eller fastsatt i medhold av tvml § 437, er det derfor etter min oppfatning naturlig å legge til grunn at avgjørelsen ikke blir endelig før disse er utløpt. Der søksmålsfrister ikke foreligger, må man falle tilbake på klagefristen.²⁷⁶ Fristen i disse sakene er 7 dager, jfr strgjfl § 7 litra e). Siste klageinstans er i de fleste saker regionalt nivå, men i visse saker sentralt nivå, jfr strgjfl § 6. Rettskraften inntreffer med andre ord enten 7 dager etter at underretning om vedtaket kom frem til fangen, sml fvl § 29, eller når regionalt eller sentralt nivå ikke har tatt klagen til følge.

6.4 Omfanget av rettskraften

Jeg forutsetter i det følgende at det foreligger et vedtak om nektelse av prøveløslatelse, og at denne avgjørelsen har rettskraftsvirkninger etter EMK P7 art 4. For at spørsmålet om dobbelt straffeforfølgning skal komme på spissen, forutsetter jeg videre at nektelsen skjer på bakgrunn av disiplinærbrudd som samtidig er en straffbar handling, eller mistanke om nye straffbare handlinger. Spørsmålet om det foreligger dobbelt straffeforfølgning kommer opp ved at det tas ut tiltale for det straffbare forholdet. For domstolene blir dermed problemstillingen hvorvidt straffesaken skal avvises på grunnlag av at saken allerede er rettskraftig avgjort, jfr P7 art 4.

Avgjørende for om straffesaken skal avvises, er at tiltalen i straffesaken gjelder samme forhold. Det må for det første være snakk om samme faktiske handling. I tillegg må de to straffebudene det er tale om å anvende ikke skille seg fra hverandre ”in their essential elements”. I denne vurderingen vil jeg sonde ettersom nektelsen skyldes mistanke om straffbare handlinger (kapittel 6.4.1) og begåtte disiplinærbrudd (kapittel 6.4.2).

6.4.1 Mistanke om nye straffbare forhold

Dersom prøveløslatelse nektes på grunnlag av mistanke om straffbare handlinger, er det klart at straffesaken, som kommer som en konsekvens av mistanken, dreier seg om samme faktiske forhold. I dette tilfellet vil også den objektive gjerningsbeskrivelsen være den samme.

²⁷⁶ Skoghøy (2003) mener at klagefristen må legges til grunn for at beskyttelsen etter EMK P7 art 4 skal

Spørsmålet er i hvilken grad det foreligger forskjeller mellom formålene bak nektelse av prøveløslatelse på bakgrunn av mistanke om straffbare handlinger og straff for de samme handlingene, og hvilken betydning dette eventuelt har.

Det er to hovedhensyn som ligger bak nektelse av prøveløslatelse, hensynet til samfunnsbeskyttelsen og hensynet til å stimulere atferd. I dette siste ligger det også et straffende formål. Hvorvidt nektelse på grunnlag av mistanke om straffbare handlinger er begrunnet i det ene eller andre, finner jeg ingen svar på i forarbeidene til strgf. § 42. Jeg har tidligere slått fast at det er mest nærliggende å anvende en preventiv synsvinkel, med unntak for straffbare handlinger begått før soning.²⁷⁷ Selv om også samfunnsbeskyttelse er av betydning, er tilføringen av ytterligere onde i straffehensikt et ikke uvesentlig formål. Avgjørelsen om å nekte prøveløslatelse vil derfor i disse tilfellene ha flere likhetstrekk med ordinær straff.

Sett i lys av praksis fra EMD²⁷⁸, synes det sentrale å være den objektive gjerningsbeskrivelse, og ikke bakgrunnen for at man ønsker å reagere overfor handlingen. Reelle hensyn taler videre mot å tillegge nasjonale formål bak reglene stor vekt. Dette ville kunne føre til at statene kommer unna sine forpliktelser etter konvensjonen. Som nevnt tidligere er dette det bærende argument bak at begrepene i EMK er *autonome*.

Formålet må under enhver omstendighet tillegges en viss vekt, men har etter mitt skjønn kun avgjørende betydning i tvilstilfeller.²⁷⁹ I vårt tilfelle er den objektive gjerningsbeskrivelse identisk. Jeg kan ikke se at en viss ulikhet i formålene her betyr at gjerningsbeskrivelsen likevel skiller seg fra hverandre "in their essential elements".

bli "tilstrekkelig effektiv", s 21

²⁷⁷ Se ovenfor under kapittel 2.3.4.3

²⁷⁸ Se bl.a. Gradinger v Østerrike

²⁷⁹ Se bl.a. Rt 2003 s 1100, avsnitt 57. Men det fremgår av sammenhengen at formålet her ble anvendt som et støtteargument.

6.4.2 Disiplinærbrudd som samtidig er straffbare forhold

Disiplinærbrudd kan alene føre til nektelse av prøveløslatelse. Dette gjelder både ved enkeltstående brudd og ved flere brudd, og både der det tidligere er gitt reaksjon etter strgjfl § 40 og der dette ikke er gjort. Problemstillingen vi må ta stilling til er i hvilken grad de handlinger som kan føre til nektelse av prøveløslatelse etter strgjfl § 42, og som det reises ny straffesak om er ”samme forhold”. I de fleste tilfeller vil det imidlertid foreligge en eller flere reaksjoner i medhold av strgjfl § 40. Dette følger bl.a. av vilkåret om at domfelte må ha begått *dokumenterte* disiplinærbrudd.²⁸⁰ Vi skal derfor først se nærmere på hvilke handlinger som kan føre til reaksjon, altså hva som ligger i ”disiplinærbrudd”.

Straffegjennomføringsloven opererer ikke med egne ”straffebud”. Vilkåret for å ilegge reaksjon etter strgjfl § 40 er at fangen har brutt reglene for ro, orden eller disiplin eller fastsatte vilkår. Denne bestemmelsen er hjemmelen for å ilegge reaksjon, mens den nærmere beskrivelse av hva som må ligge til grunn fremgår av forskrift, retningslinjer og lokale bestemmelser.²⁸¹ I tillegg må fangene rette seg etter pålegg og avgjørelser gitt av tilsatte i kriminalomsorgen, jfr retningslinjene punkt 3.29 innledningsvis. Men det må dreie seg om *brudd på regler* om ro, orden og disiplin.

Hva som ligger i ”ro, orden og disiplin”, er ikke nærmere forklart verken i loven eller forarbeidene. ”Ro” og ”orden” kan språklig sett overlappe hverandre. Av retningslinjene punkt 3.28 i.f. fremgår det at det skal være ”nødvendig ro i fengslet. Larm og støy må søkes unngått”. Det kan derfor tyde på at ”ro” henspiller på fysisk ro. ”Orden”, derimot, peker i retning av fangenes daglige situasjon, som for eksempel arbeid og rengjøring av cella. Det er eksempelvis bare tillatt med visse typer eiendeler på cella, jfr strgjfl § 26. ”Disiplin” er et strengere begrep, som språklig sett peker hen på oppførsel innenfor et regime. Under denne merkelappen kan henføres for eksempel forbud mot bruk av rusmidler og forbud mot bruk av vold. Eskeland mener at ”orden” innebærer regler for fengslets daglige drift, ”så som bestemmelser om spise- og luftetider, renhold på cellene

²⁸⁰ Jfr retningslinjene til strgjfl § 42 pkt 3.45.2

²⁸¹ Bestemmelsen kan for så vidt sammenliknes med andre såkalte ”blankettstraffebud”, jfr for eksempel vegtrafikkloven § 31

og liknende”.²⁸² ”Disiplin” mener han går ”språklig sett mer på fangenes generelle underordning i forhold til fengslets tjenestemenn, dvs. deres generelle plikt til å følge de direktiver som tjenestemennene gir.”²⁸³

Samlet sett innebærer dette at det er en rekke forhold som kan føre til reaksjon. Dette omfatter både handlinger som er straffbare og handlinger som ikke er straffbare. Vi skal altså konsentrere oss om forhold som er straffbare. Vi må imidlertid avgrense mot handlinger som er straffbare, men som ikke kan karakteriseres som ”disiplinærbrudd”. Som Eskeland²⁸⁴ er inne på, kan dette for eksempel gjelde et bedrageri utført mot en utenforstående mens fangen sitter inne. Det vil ikke her være snakk om *brudd* på regler om ro, orden og disiplin. På den annen side er ”ro, orden og disiplin” et så vidt begrep at det må antas å dekke straffbare handlinger som begås i tilknytning til soningen, så fremt det kan karakteriseres som et disiplinærbrudd. Det er en begrensning, nemlig at det må være gitt bestemmelser om det. Men her er lokalt nivå gitt omfattende fullmakter, jfr strgjfl § 5, jfr forskriften § 3-11 og retningslinjene punkt 3.29. Eksempelvis står det ingenting om vold i fengselslovgivningen, men det må være åpenbart at vold mot en medfange samtidig er et disiplinærbrudd, fordi dette antas å være regulert i anstaltenes egne bestemmelser.²⁸⁵

Situasjonen i det følgende er at det foreligger bestemmelser gitt i medhold av straffegjennomføringsloven som helt eller delvis overlapper andre straffebestemmelser. Er det i disse tilfellene snakk om samme forhold? Det er naturligvis vanskelig å vurdere dette konkret. Det er heller ikke mulig her å gå gjennom alle aktuelle bestemmelser i fengselslovgivningen. Jeg skal imidlertid gå nærmere inn på en bestemmelse som må antas å være særlig aktuell for vår problemstilling, nemlig forbudet mot bruk av narkotika, jfr strgjfl § 5, jfr forskriften § 3-21.

²⁸² Eskeland (1989) s 299

²⁸³ l.c.

²⁸⁴ l.c.

²⁸⁵ Det at lokalt nivå er gitt så vide fullmakter, kan føre til problemer med hensyn til forutberegneligheten. Dette fordi fangene ikke alltid har anledning til å gjøre seg kjent med interne reguleringer.

I Rt 2003 s 1100 tok Høyesterett stilling til hvorvidt reaksjon etter forskriften § 3-21 gjaldt samme forhold som tiltalen etter strl § 162 og legemiddeloven § 31, jfr § 24. I denne saken hadde vedkommende ervervet, vært i besittelse av samt brukt hasj i fengslet. For dette forholdet ble han ilagt en reaksjon som besto i tap av dagpenger for ti dager. Han ble anmeldt og senere tiltalt for overtredelse av strl § 162 første ledd, jfr femte ledd og legemiddeloven § 31 annet og fjerde ledd, jfr § 24 første ledd. Tiltalte anførte at saken måtte avvises, i og med at han var ilagt reaksjon for det samme forholdet, jfr EMK P7 art 4 nr 1.

Høyesterett fant det på det rene at det var samme faktiske forhold som lå til grunn. Men de mente at vilkårene for å ilegge reaksjon etter strgjfl § 40 på vesentlig punkter skilte seg fra gjerningsbeskrivelsen i de aktuelle straffebestemmelsene. I forskriften punkt 3-21 er det gitt et forbud mot bruk av rusmidler. Forbudet omfatter også rusmidler som ikke er ulovlige, så som alkohol. På denne bakgrunn mente Høyesterett at straffebudene skilte seg fra hverandre ”in their essential elements”.

Jeg er ikke enig i Høyesteretts konklusjon og begrunnelse. Riktignok omhandler ordlyden i forskriften § 3-21 også bruk av *lovlige* rusmidler. Til gjengjeld må bestemmelsen antas å omfatte ethvert ulovlig rusmiddel. Skyldkravet etter straffebudene er forsett. Etter strgjfl § 40 er skyldkravet både forsett og uaktsomhet. På dette punkt er forskriften § 3-21 mer omfattende enn straffebudene. Overtredelse av strl § 162 og legemiddeloven § 31, jfr § 24 vil derfor gjennomgående være et brudd på forskriften § 3-21. Slik sett vil forskriften §3-21 ”encompasses all the wrongs contained in the others.”²⁸⁶

Spørsmålet er også om en slik objektiv vurdering av utformingen av straffebudene som Høyesterett foretar, er i overensstemmelse med praksis fra EMD. I Gradinger v Østerrike ble det uttalt at det avgjørende var hvorvidt man sto overfor ”the same conduct”. I Oliveira v Sveits var det avgjørende om man sto overfor ”the same offence”.

²⁸⁶ Jfr uttalelse i Fischer v Østerrike para 25

Slik jeg ser det, henspiller ”the same conduct” på handlingen som er begått.²⁸⁷ ”The same offence” er etter min oppfatning mer knyttet opp til en ren objektiv tolkning av straffebudet.²⁸⁸ Hvilket av disse begrepene EMD anvender i vurderingen, er uklart. Dette gjelder også etter mitt skjønn etter avsigelsen av Fischer-dommen. Her forsøkte riktignok EMD å klargjøre forskjellene mellom de to nevnte dommene. Videre innførte den vurderingstemaet om at det avgjørende er om ”the offences in question differed in their essential elements”. Dette kan tyde på det er straffebudene som er det sentrale, og ikke handlingen. På den annen side uttaler EMD at ordlyden i P7 art 4 ikke inneholder begrepet ”the same offence”, og at der det i utgangspunktet foreligger forskjellige straffebud for samme handling, kan ikke EMD begrense sin prøvelse til å konstatere dette:

“Thus, while it is true that the mere fact that a single act constitutes more than one offence is not contrary to this Article, the Court must not limit itself to finding that an applicant was, on the basis of one act, tried or punished for nominally different offences. The Court, like the Austrian Constitutional Court, notes that there are cases where one act, at first sight, appears to constitute more than one offence, whereas a closer examination shows that only one offence should be prosecuted because it encompasses all the wrongs contained in the others.”²⁸⁹

Etter mitt skjønn trekker denne uttalelsen i retning av at en språklig tolkning av straffebudet ikke i seg selv er avgjørende. Mye tyder på at man i tillegg må se på om straffebudene reelt sett rammer ”the same conduct”.

Reelle hensyn taler dessuten mot å legge for stor vekt på den språklige utformingen av straffebudene. Dette ville kunne medføre at statene vrir seg unna forpliktelsene etter P7 art 4. EMD har derfor gjentatte ganger presisert at de nasjonale karakteriseringene kun er et utgangspunkt. Uttalelsen ovenfor illustrerer at EMD vil foreta en inngående prøving av hvorvidt det reelt sett foreligger en forfølgning basert på samme forhold.²⁹⁰

²⁸⁷ Se her Høyesteretts redegjørelse av Gradinger- saken i Rt 2003 s 394 avsnitt 17: ”Domstolen uttalte at selv om de to organene hadde anvendt forskjellige bestemmelser, som ivaretok ulike formål, var begge avgjørelser basert på samme handling (”same conduct”)”

²⁸⁸ Se her statens argumentasjon i Fischer v Østerrike, gjengitt i para 21

²⁸⁹ *ibid.* para 25

²⁹⁰ Et slikt syn fremgår også av Ponsetti og Chesnel v Frankrike, avvisningsavgjørelse av 14. september 1999

En annen kjennelse fra Høyesterett støtter en slik praktisk tilnærming til problemstillingen ”samme forhold”.²⁹¹ Saken gjaldt hvorvidt utestengning fra retten til å oppebære dagpenger etter sysselsettingsloven § 36²⁹², stengte for senere straffesak for bedrageri etter strl § 270. Det sentrale spørsmålet var om sakene dreide seg om samme forhold. Her medgir Høyesterett at det foreligger objektive forskjeller i bestemmelsene. Bl.a. var det på det rene at sysselsettingsloven § 36 kunne rammes uten at det er noe vilkår om at noen ”forledes” og at det slik voldes ”tap eller fare for tap”. Høyesterett uttaler så:

”Jeg kan da ikke se det annerledes enn at en overtredelse av § 36 gjennomgående samtidig vil være en overtredelse av straffeloven § 270, eventuelt et fullbyrdet forsøk på overtredelse av denne bestemmelse. Under enhver omstendighet foreligger slik nærhet at det for *praktiske formål* er vanskelig å tenke seg at den ene bestemmelse overtres uten at det samtidig også foreligger i det minste forsøk på overtredelse av den andre.”²⁹³

Denne uttalelsen tyder på at man ikke kan forholde seg til en rent språklig forståelse av ordlyden, men må se hen til de praktiske realiteter.

Tilsvarende vurderinger må gjøres for øvrige ”straffebud” gitt i medhold av straffegjennomføringsloven. Det som kjennetegner disse ”straffebudene” er at de er vidtrekkende og skjønnsmessige. De vil også ofte omfatte mer enn det ordinære straffebud, fordi fengselsreglene kan omfatte handlinger som ikke er straffbare. Språklig sett vil det derfor nesten alltid være forskjeller mellom disse og de alminnelige straffebudene som søker å ramme de samme handlingene. Men ved å se nærmere på realitetene i bestemmelsene, kan man ikke utelukke at vi vil stå overfor straffebud som ikke skiller seg fra hverandre ”in their essential elements”.

Som nevnt tidligere, kan formålene bak straffebudene ha betydning for om de skiller seg fra hverandre ”in their essential elements”. Jeg viser for så vidt til det som er sagt ovenfor under punkt 6.4.1. Her er det på det rene at nektelse av prøveløslatelse har et

²⁹¹ Rt 2003 s 264

²⁹² Lov om tiltak til å fremme sysselsetting av 27. juni 1947 nr 9

²⁹³ Avsnitt 50, min utheving

straffende formål, slik at det ikke vil foreligge særlige forskjeller fra de ordinære straffer.

Jeg nevner avslutningsvis en nylig avsagt kjennelse fra Frostating lagmannsrett av 10. februar 2004. Her var det ikke bestridt eller tvilsomt at nektelse av prøveløslatelse på bakgrunn av innførsel av narkotika til fengselet var samme forhold som tiltale etter strl § 162 første ledd, jfr femte ledd.

6.5 Oppsummering/ forslag til endringer

Det er ingen tunge rettskilder som entydig peker i retning av at nektelse av prøveløslatelse på dette grunnlag vil stenge for senere straffesak om det samme forhold. På bakgrunn av gjennomgangen ovenfor, kan dette imidlertid ikke utelukkes. For å avhjelpe de problemer dette kan skape i forhold til EMK P7 at 4, er det en løsning som fremstår hensiktsmessig.

Det er ikke noe i veien for at man kjører to parallelle prosesser, så fremt bare en av de munner ut i en sanksjon som er straff etter konvensjonen. En løsning er dermed at vedtaket om nektelse av prøveløslatelse ikke blir endelig før påtalemyndigheten har tatt stilling til om de vil straffeforfølge saken. Man måtte i tilfelle ha oversendt saken til påtalemyndigheten for at de kunne ta stilling til eventuell forfølgelse. Dette innebærer at man må ta stilling til om man ønsker å nekte prøveløslatelse eller om man vil straffeforfølge vedkommende med henblikk på ordinær straff. Der påtalemyndigheten finner forholdet så alvorlig at de ønsker å straffeforfølge fangen, måtte i tilfelle fengselsmyndighetene innvilget prøveløslatelse. For mindre alvorlige lovbrudd er det mer nærliggende å velge nektelse av prøveløslatelse som sanksjon.²⁹⁴

En slik løsning er foreslått på tilleggsskattens område.²⁹⁵ Jeg kan ikke se at en slik ordning medfører nevneverdige prosessøkonomiske konsekvenser. Ulempen i forhold til vårt område, er at fangen kan bli prøveløslatt til tross for at han isolert sett ikke

²⁹⁴ Man må imidlertid være klar over at vi her står overfor en "criminal charge", slik at de øvrige kravene i EMK art 6 må være oppfylt. Eventuelle endringer på dette punkt er behandlet tidligere, og jeg viser til dette.

²⁹⁵ Jfr NOU 7:2003 s 155-156

oppfyller vilkårene for dette. Men her kan varetektinstituttet benyttes dersom man mener det foreligger gjentakelsesfare. Fordelen med dette, er at man dermed får en presumptivt sikrere vurdering med hensyn til utilrådeligheten av å ha ham på frifot.

Det kan oppstå vanskelige avgrensningsspørsmål, bl.a. med hensyn til hvor alvorlig handlingen må være for at saken oversendes påtalemyndigheten. Det kan også være problemer i forhold til at resttiden fangene har igjen er forskjellig, slik at nektelse for ett og samme straffbare forhold kan gi ulik lengde restsoning og dermed forskjellsbehandling. Slike praktiske komplikasjoner står imidlertid ikke i veien for at statene har ansvaret for å ordne sitt rettssystem slik at det kommer i overensstemmelse med kravene etter EMK.

7 Avslutning

7.1 Oppsummering

Jeg har i denne oppgaven forsøkt å belyse menneskerettighetenes stilling i norsk rett med et konkret eksempel hentet fra fengselsretten. Vi har sett at den nasjonale karakteristikken og anvendelsen av strgfjl § 42 på visse punkter skaper problemer i forhold til EMK art 6 og P7 art 4 nr 1. For det første kan nektelse av prøveløslatelse i noen tilfeller anses som ”criminal charge”. Videre bør saksbehandlingen forbedres på noen områder, selv om retten til ”tribunal” i utgangspunktet er oppfylt for disse sakene. Dette gjelder først og fremst i forhold til ”access to court”, fri rettshjelp, bevisregler, foregrepet fullbyrdelse og forbudet mot dobbelt straffeforfølgning. Slik strgfjl § 42 praktiseres i dag, kan man ikke utelukke at man vil få problemer med å overholde disse kravene.

Jeg har underveis kommet med noen forslag til endringer som vil bringe praksis omkring strgfjl § 42 i samsvar med EMK. I forhold til rettighetene i EMK art 6, bør nektelse etter strgfjl § 42 avgjøres av tingretten, der nektelse skjer på grunnlag av (mistanke om) straffbare handlinger eller handlinger som har sterke likhetstrekk med

slike. I tillegg må adgangen til fri rettshjelp i disse sakene utvides. Behandlingen for tingretten vil imidlertid ikke bidra til å unngå konflikt med P7 art 4 nr 1 ved tiltale for det samme forhold. Dersom påtalemyndigheten ønsker å ta ut tiltale, bør man derfor ikke behandle spørsmålet om nektelse for tingretten. Her må i stede fengselsmyndighetene og påtalemyndigheten samordne sin virksomhet med sikte på å anvende en sanksjon, slik jeg har beskrevet ovenfor under kapittel 6.5. Dette vil igjen forhindre økt press på et allerede hardt prøvet domstolsvesen.

Resultatene jeg har kommet frem til innebærer at nektelse av prøveløslatelse på bakgrunn av forhold som ikke er straffbare vil være konvensjonsmessig. Der grunnlaget er ny kriminalitet, vil derimot staten være forpliktet til å overholde rettssikkerhetsgarantiene i EMK art 6 og P7 art 4 nr 1. Dette kan oppleves urettferdig for den som blir utsatt for ytterligere frihetsberøvelse uten å ha begått en kriminell handling. For utenforstående kan det virke paradoksalt. Umiddelbart kan det derfor anføres at hensynet til resultatets godhet taler mot en slik slutning. På den annen side må man ikke glemme at det å bli siktet ("charged") for en straffbar handling i seg selv er et stort inngrep fra statens side og medfører en stigmatisering. Det er et hevdvunnet prinsipp og lang tradisjon for at man ved straffesiktelser opererer med særlige rettssikkerhetsgarantier for å sikre en rettferdig og best mulig behandling av siktelsen. Slike hensyn og prinsipper ligger til grunn for saksbehandlingsreglene i EMK art 6 og P7 art 4 nr 1. Sett i et slikt perspektiv er det ikke paradoksalt å operere med bedre saksbehandlingsregler der vedkommende er siktet for en straffbar handling enn der han ikke er det, selv om altså konsekvensene (ytterligere frihetsberøvelse) vil være de samme.

7.2 Et siste spørsmål

Avslutningsvis et siste spørsmål. Det dreier seg om den nasjonale forpliktelsen til å gjennomføre menneskerettighetene i norsk rett. Eller mer konkret: hvem skal ha ansvaret for å sørge for at rettighetene i EMK art 6 sikres i saker om nektelse av prøveløslatelse etter strgfjl § 42?²⁹⁶

²⁹⁶ Problemstillingen og argumentene i dette avsnittet er i stor grad inspirert av Johnsen (2002)

EMK er gjort til norsk lov ved inkorporasjon, jfr mrl § 2. Denne metoden innebærer at konvensjonen som sådan er norsk lov. En annen innarbeidingsmetode, transformasjon, ville medført at konvensjonen ble gjengitt i norsk språkdrakt. Den siste metoden stiller større krav til lovgiver, ved at det i hovedsak er de som står for tolkningen i lovgivningsprosessen. Ved inkorporasjon er det i større grad domstolene som har ansvaret for konvensjonstolkningen.²⁹⁷

Domstolsstyrt innarbeiding av menneskerettighetene innebærer visse fordeler, bl.a. at konvensjonens autentiske tekst i større grad blir lagt til grunn enn ved en oversettelse til norsk. Men en slik arbeidsfordeling mellom lovgiver og domstolene fritar ikke lovgiver fullstendig fra sitt ansvar for å sørge for at lovgivning og forvaltningspraksis er i samsvar med menneskerettighetene.²⁹⁸ En forutsetning for at en inkorporasjon skal ivareta våre folkerettslige forpliktelser, er at saker hvor konvensjonskonformitet er tvilsomt kommer opp for domstolene. Der hvor dette ikke er tilfelle, bør lovgiver ha en mer aktiv rolle.

Vi har sett at det hittil ikke har vært en eneste sak om gyldigheten av nektelse av prøveløslatelse for Høyesterett. De har dermed vært avskåret fra å ta stilling til hvorvidt saksbehandlingen ved nektelse kan skape problemer i forhold til EMK art 6. Fengselsretten er i det hele tatt et område lite egnet for domstolsskapt rett, og enda mindre egnet for domstolsstyrt innarbeiding av menneskerettighetene. Dette innebærer etter mitt skjønn at grunnforutsetningen for valg av inkorporasjon ikke er til stede.

Spørsmålet er så om lovgiver har tatt høyde for dette ved å spille en mer aktiv rolle. Forholdet til EMK art 6 er vurdert i forarbeidene. Her slås det fast at nektelse av prøveløslatelse kan være "criminal charge". Videre oppfordrer de domstolene til å foreta en mer intensiv prøving i slike saker, "slik at vedtaket blir gjenstand for full domstolskontroll i relasjon til bestemmelsen i EMK art 6."²⁹⁹ Jeg har i oppgaven satt fokus på noen områder jeg mener står i et tvilsomt forhold til EMK. Disse problemene er ikke berørt i forarbeidene. Dette kan være uttrykk for slurv fra departementets side.

²⁹⁷ Se om dette NOU 1993:18 s 97 flg

²⁹⁸ Ot.prp. nr 3 (1998-1999) s 24

²⁹⁹ Ot.prp. nr 5 (2000-2001) s 113

Eller det kan innebære en konstatering av rettsharmoni. Problemet med det siste er bare at en slik konstatering bør skje etter en *grundig* vurdering fra lovgivers side. Det kan selvsagt hende at slike vurderinger er tatt, men at de ikke står på trykk. Men når domstolene i praksis er avskåret fra å utøve menneskerettskontroll, taler rettssikkerhetshensyn for at både klare og uklare tilfeller vurderes *og* publiseres.

Nå kan det selvsagt innvendes at lovgiver umulig kan ha ressurser til å vurdere alle tenkelige og utenkelige problemer som kan oppstå i forholdet mellom intern rett og menneskerettighetene. Dette er jo et av hovedargumentene mot å velge transformasjon som innarbeidingsmetode, og en innvending jeg deler. Men da må man sikre en adgang til domstolene som gjør det mulig å ta stilling til om menneskerettighetene overholdes. Hensynet bak menneskerettsloven, hensynet bak valg av innarbeidingsmetode og tunge *interne* rettssikkerhetshensyn taler for at domstolsprøvelse bør bli en realitet på fengselsrettens område, og særlig i saker om nektelse av prøveløslatelse etter strgjfl § 42.

Litteraturliste

Bøker, artikler med mer:

Andenæs, Johs. *Norsk straffeprosess, bind 1*. 2. utg. Oslo, 1996

Andenæs, Johs. *Alminnelig strafferett*. 4. utg. Oslo, 1999

Aall, Jørgen. *Rettergang og menneskerettigheter*. Bergen, 1995

Dijk, P. van. *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*. 3. utg.

Haag, 1998. P. van Dijk og G.J.H van Hoof

Eckhoff, Torstein. *Rettskildelære*. 5. utg. ved Jan Helgesen. Oslo, 2001

Eckhoff, Torstein. *Forvaltningsrett*. 7. utg. ved Eivind Smith. Oslo, 2003

Elgesem, Frode. *Tolking av EMK- Menneskerettsdomstolens metode*. I: Lov og rett. 2003 s 203

Eriksen, Morten. *Parallell bruk av administrativ tilleggsskatt og straff etter ligningsloven*. I: Tidsskrift for strafferett. 2001 s 167

Eskeland, Ståle. *Fangerett*. 2. utg. Oslo, 1989

Eskeland, Ståle. *Strafferett*. Oslo, 2000

Graver, Hans Petter. *Alminnelig forvaltningsrett*. 2. utg. Oslo, 2002

Harris, O'Boyle and Warbrick. *Law of the European Convention on Human Rights*. London, 1995. D.J Harris, M. O'Boyle and C. Warbrick

Helgesen, Jan. *Teorier om "Folkerettens stilling i norsk rett"*. Oslo, 1982

Hov, Jo. *Rettergang II. Straffeprosess*. Oslo, 1999

Johnsen, Jon T. *Retten til juridisk bistand; en rettspolitisk studie*. Oslo, 1987

Johnsen, Jon T. *Menneskerettsvernet i straffeprosessen. Er det behov for en mer aktiv lovgiver?* I: Lov og rett. 2002 s 585

Johnsen, Jon T. og Halvard Helle. *Årsrapport fra Juss-Buss 1985*. Oslo, 1986

Lid, Børre. *Fangers rettshjelpsbehov*. Oslo, 1981

Møse, Erik. *Menneskerettigheter*. Oslo, 2002

Skoghøy, Jens Edvin A. *Tvistemål*. Oslo, 2001

Skoghøy, Jens Edvin A. *Forbudet mot gjentatt straffeforfølgning i Den europeiske menneskerettskonvensjon protokoll 7 artikkel 4 nr. 1 ("ne bis in idem")*. I: Tidsskrift for Rettsvitenskap. 2003 s 1

Skoghøy, Jens Edvin A. *Konkurskarantene, EMK og Høyesterett*. I: Lov og rett. 2004 s 1

Storvik, Birgitte Langset. *Straffegjennomføring*. Oslo, 2003

Strandbakken, Asbjørn. *Uskyldspresumsjonen*. Oslo, 2003

Wallan, Kristoffer. *Politiopplysninger hos fengselsmyndigheten: Skyldig inntil det motsatte er bevist?* Oslo, 2004

Lover:

Kongeriget Norges Grundlov, given i Rigsforsamlingen paa Eidsvold de 17de Mai 1814 (grl)

Alminnelig borgerlig straffelov av 22. mai 1902 nr 10 (strl)

Lov om rettergangsmåten for tvistemål av 13. august 1915 nr 6 (tvml)

Lov om tiltak til å fremme sysselsetting av 27. juni 1947 nr 9

Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker av 10. februar 1967 (fvl)

Lov om fri rettshjelp av 13. juni 1980 nr 35 (rhjl)

Lov om rettergangsmåten i straffesaker av 22. mai 1981 nr 25 (strprl)

Lov om gjeldsforhandling og konkurs av 8. juni 1984 nr 58 (kkl)

Lov om tvangsfullbyrdelse og midlertidig sikring av 26. juni 1992 nr 86

Lov om barneverntjenester av 17. juli 1992 nr 100 (bvl)

Lov av 21. mai nr 30 1999 (mrl)

Lov om gjennomføring av straff av 18. mai nr 21 2001 (strgjfl)

Forarbeider:

Ot.prp.nr 35 (1979-1980) Om lov om fri rettshjelp

NOU 1988:37 Ny fengselslov

NOU 1993:18 Lovgivning om menneskerettigheter

St.meld.nr 27 (1997-1998) Om kriminalomsorgen

Ot.prp.nr 3 (1998-1999) Om lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)

St.meld.nr. 25 (1999-2000) Om fri rettshjelp

Ot.prp.nr 5 (2000-2001) Om lov om gjennomføring av straff mv.
(straffegjennomføringsloven)

Innst.O.nr 60 (2000-2001) Innstilling fra justiskomiteen om lov om gjennomføring av straff mv. (straffegjennomføringsloven)

NOU 2002:18 Rett til rett

NOU 2003:7 Tilleggsskatt m.m.

NOU 2003:15 Fra bot til bedring

Explanatory Report on Protocol No. 7 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Council of Europe, Strasbourg, 1985

Forskrifter, retningslinjer og rundskriv:

Forskrift til lov om straffegjennomføring av 22. februar 2002

Retningslinjer til lov om gjennomføring av straff og til forskrift til loven av 16. mai 2002

Rundskriv G 73/96 kap IX punkt 2.1

Rundskriv KSF 5/2002

Rundskriv KSF 02/2002, 6.juni

Norske dommer:

Rt 1980 s 360

Rt 1992 s 64

Rt 1997 s 580

Rt 1999 s 961

Rt 2000 s 349

Rt 2000 s 996

Rt 2002 s 497

Rt 2002 s 509

Rt 2002 s 557

Rt 2002 s 789

Rt 2002 s 1216

Rt 2002 s 1271

Rt 2002 s 1504

Rt 2003 s 264

Rt 2003 s 394

Rt 2003 s 732

Rt 2003 s 1100

Rt 2003 s 1221

Kjennelse av 22.desember 2003

Frostating lagmannsretts kjennelse av 10. februar 2004, LF-2003-01578

Borgarting lagmannsretts dom av 30. oktober 2003, LB-2003-02615

Dommer fra EMD inntatt i *Publications of the European Court of Human Rights, Series*

A:

- A 7 (1968) Wemhoff v Østerrike
- A 18 (1975) Golder v UK
- A 22 (1976) Engel v Nederland
- A 26 (1978) Tyrer v UK
- A 32 (1979) Airey v Irland
- A 35 (1980) Deweer v Belgia
- A 50 (1982) Van Droogenbroeck v Nederland
- A 51 (1982) Eckle v Tyskland
- A 57 (1982) Corigliano v Italia
- A 58 (1983) Albert og Le Compte v Belgia
- A 64 (1983) Pakelli v Sveits
- A 73 (1984) Öztürk v Tyskland
- A 80 (1984) Campbell and Fell v UK
- A 89 (1985) Colozza v Italia
- A 109 (1986) Gillow v UK
- A 123 A (1987) Lutz v Tyskland
- A 141 A (1988) Salabiaku v Frankrike
- A 146 (1988) Barbera, Messegue og Jabardo v Spania
- A 174 (1990) Granger v UK
- A 177 (1990) Weber v Sveits
- A 205 (1991) Quaranta v Sveits
- A 210 (1991) Demicoli v Malta
- A 220 (1991) S v Sveits
- A 237 B (1992) Croissant v Tyskland
- A 256 A (1993) Funke v Frankrike
- A 283 B (1994) Ravensborg v Sverige
- A 284 (1994) Bendenoun v Frankrike
- A 328 C (1995) Gradinger v Østerrike

Dommer fra EMD inntatt i Reports of Judgements and Decisions:

RJD 1996 s 738 Benham v UK

RJD 1997 s 1821 Garyfallou AEBE v Hellas

RJD 1998 s 1990 Oliveira v Sveits

Øvrige avgjørelser fra EMD:

R.T. v Sveits, avvisningsavgjørelse av 30. mai 2000

Fischer v Østerrike, dom av 29. mai 2001

Göktan v Frankrike, dom av 2. juli 2002

Ezeh & Connors v UK, dom av 15. juli 2002

Janosevic v Sverige, dom av 23. juli 2002

Böhmer v Tyskland, dom av 3. oktober 2002

